



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA | Ano XIII | N° 26 | 316p | Mai 18

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.26, 2018

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 Barros de Aguiar 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.

Antonio Carlos Ferreira

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

Bruno Queiroz Oliveira

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará – UFC e Presidente do Conselho Editorial.

Cacilda Lopes dos Santos

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

Carolina Reis Jatobá Coêlho

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

Clarissa Bueno Wandscheer

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora da Universidade Positivo. Integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social – CPJUS. Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, Responsabilidade e Novos Modelos Econômicos (UP). Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUC/PR).

Cláudio Gonçalves Marques

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Empresarial concursado na Pontifícia Universidade Católica de MG – desde 2001.

Davi Duarte

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

Iliane Rosa Pagliarini

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

João Pedro Silvestrin

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

Juarez de Freitas

Pós-doutorado em Direito na Università degli Studi di Milano. Doutor em Direito e Mestre em Filosofia. Presidente do Conselho Editorial da Revista Interesse Público. Co-Diretor de Tese na Universidade Paris II. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Membro Nato do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Pesquisador com ênfase nas áreas de Interpretação Constitucional e Direito Administrativo. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Autor de várias obras jurídicas. Advogado, Consultor e Parecerista.

Kátia Aparecida Mangone

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

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (2007) e pós doutorado pelo Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP (2010). Mestre em Programa de Pós Graduação em Integração da América pela Universidade de São Paulo (2003). Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1997)

Luiz Guilherme Pennacchi Delloro

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

Manuel Munhoz Caleiro

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

Reis Friede

Desembargador Federal no Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho – UGF e Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Diplomado pela Escola Superior de Guerra e pela Escola de Comando do Estado-Maior da Aeronáutica e Membro da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial – SBDA.

Roberto Di Benedetto

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

Vera Regina Hippler

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

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

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	9
---------------------------	---

PARTE 1 – ARTIGOS

Licitação sustentável

<i>Vera Hippler</i>	13
---------------------------	----

Apontamentos gerais da apelação no CPC/2015

<i>Vinicius Silva Lemos</i>	29
-----------------------------------	----

Precedentes judiciais. Superação. *Overruling*. Distinção. *Distinguishing*. Peculiaridades do caso concreto

<i>Jeremias Pinto Arantes de Souza e Marcelo Quevedo do Amaral</i>	69
--	----

Considerações sobre o crime de obtenção fraudulenta de financiamento à agricultura familiar

<i>Álison dos Santos Cappellari e Vicente Cardoso de Figueiredo</i>	87
---	----

Formação do direito privado moderno. Codificação e sua ideologia. A “descodificação” e a “era dos estatutos”. Repercussões jurídicas

<i>José Gabriel Boschi</i>	111
----------------------------------	-----

O sistema de precedentes judiciais vinculantes no Novo CPC: uma busca por uniformização, segurança jurídica e celeridade processual

<i>Marcos Paulo Pereira Gomes</i>	131
---	-----

A eficácia das normas constitucionais que promovem a justiça distributiva no capitalismo. Interdisciplinaridade na Economia, Filosofia e Psicanálise

<i>Gouvan Linhares Lopes e Floriano Benevides de Magalhães Neto</i>	157
---	-----

O reflexo do sistema de precedentes na teoria da decisão judicial à luz do Código de Processo Civil de 2015

<i>Lilise Barroso Benevides de Magalhães</i>	187
--	-----

O instituto do parcelamento, edificação e utilização compulsórios no município de Juiz de Fora
Bruna Alice Nardy Abbud e Frederico Augusto D'Avila Riani 227

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça
Expurgos de planos econômicos. Ação coletiva. Coisa julgada. Inviabilidade de ajuizamento de ações individuais 259

Tribunal Superior do Trabalho
Contrato de prestação de serviços. Ente público. Responsabilidade subsidiária não reconhecida. Fiscalização comprovada..... 269

Tribunal Superior do Trabalho
Processo trabalhista. Fase de execução. Multa do CPC/1973. Art. 475-J. Inaplicabilidade 295

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
Vigilância bancária armada ininterrupta. Incompetência do Município para legislar. Inconstitucionalidade 305

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 311

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa, com muita satisfação, apresenta a 26ª edição de seu periódico de Direito, cujo conteúdo contribui de forma significativa para o reconhecimento do conhecimento científico produzido pelos advogados da Caixa e por outros operadores do Direito.

Em agosto de 2005, era lançado o primeiro número da Revista de Direito da ADVOCEF. Seu propósito mais destacado era o de servir como instrumento de disseminação de estudos críticos de temas da grande área do conhecimento decorrente da atuação profissional dos advogados da Caixa. O resultado não tardou, pois a Revista figura como importante ferramenta para valorização do quadro jurídico da Caixa não apenas no âmbito interno da empresa, mas também no seio de toda a comunidade jurídica e acadêmica, o que, certamente, é motivo de grande orgulho para todos que fazem a Revista.

Merece registro o fato de que, desde o lançamento do primeiro volume até os dias atuais, a Revista sempre esteve na pauta de prioridades de todos os dirigentes que passaram pela condução dos interesses da ADVOCEF, o que denota seu grau de relevância e um horizonte repleto de excelentes perspectivas para o nosso Periódico.

Nos mais diferentes espectros científicos, o conhecimento produzido acompanha e até mesmo gera novas situações de complexidade decorrentes da pós-modernidade. Grande parte desse conhecimento tem sido socializado por meio dos periódicos científicos, e esse tem sido o caminho percorrido pela Revista de Direito da ADVOCEF, que, em seus 13 anos de vida editorial, tem correspondido às expectativas de seu público leitor, alcançando alto nível de atualização e sintonia do conhecimento jurídico produzido com os problemas que o mundo real apresenta aos pesquisadores, especialmente para a construção de novas alternativas políticas e jurídicas.

O Direito é fenômeno social e funciona como instrumento em permanente processo de mutação. As experimentações legislativas revelam-se, no mais das vezes, ineficazes ou mesmo maléficas para a organização social. Assim, o que a regra proibia ontem, pode ser permitido hoje, e o antes permitido, pode ser hoje proibido. Nessa perspectiva, o debate deve considerar sempre o todo, ou seja, pequenas alterações no texto de um artigo de lei podem significar grandes mudanças na ordem jurídica.

É para este rumo que os artigos apresentados ao nosso público leitor apontam. Alertam para o novo e o necessário olhar reflexivo acerca das escolhas e dos possíveis caminhos.

Uma excelente leitura a todos!

Bruno Queiroz Oliveira
Presidente do Conselho Editorial da
Revista de Direito da ADVOCEF



PARTE 1

ARTIGOS

Licitação sustentável

Vera Hippler

*Doutora e Mestre em Direito do Estado, subárea de concentração Direito Administrativo, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP
Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Amparense - UNIFIASP
Formada em Direito e Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Conselheira Editorial da Revista de Direito da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal - ADVOCEF*

RESUMO

O artigo trata da ecoaquisição ou licitação sustentável e se propõe a responder a questão: pode o Estado enquanto grande consumidor de produtos e serviços consumir de maneira desvinculada da responsabilidade socioambiental? Por conseguinte, o esboço busca analisar o procedimento que visa equacionar a difícil relação entre economicidade e sustentabilidade ambiental. Feito isso, constata-se que o papel indutor do Estado em criar mercados para produtos sustentáveis, dado o imenso poder de compra que possui, mostra-se como oportunidade de promover mudanças nos modos de pensar e agir do setor produtivo.

Palavras-chave: Licitação sustentável. Ecoaquisição. Compras verdes. Responsabilidade socioambiental.

ABSTRACT

The article focuses on sustainable public procurement and questions if the State can continue consuming without addressing social and environmental issues. It explores ways to balance conflicting economic and environmental demands and concludes that, given its immense purchasing power, the State can promote markets for sustainable products through shaping the production sector's way of thinking and acting.

Keywords: Sustainable Public Procurement. Eco-efficient Procurement. Buying Green. Social and environmental issues

Introdução

Pode o Estado, enquanto grande consumidor de produtos e serviços, consumir de maneira desvinculada da responsabilidade socioambiental ou sustentabilidade?¹ A inserção de cláusulas que prestigiam um consumo sustentável no edital do certame licitatório vem sendo denominada de *licitação sustentável*.

1 Definição e legislação aplicável – Brasil, EUA e Comunidade Econômica Europeia

Licitação sustentável, também conhecida como *ecoaquisição*², é a licitação

que, com isonomia e busca efetiva do desenvolvimento sustentável, visa a seleção de proposta mais vantajosa para a Administração Pública, ponderados, com a máxima objetividade possível, os custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais. Ou de forma mais completa, são os procedimentos administrativos, por meio dos quais um órgão ou entidade da Administração Pública convoca interessados – no bojo de certame isonômico, probo e objetivo – com a finalidade de selecionar a melhor proposta, isto é, a mais sustentável, quando almeja efetuar ajuste relativo a obras e serviços, compras, alienações, locações, arrendamentos, concessões e permissões, exigindo na fase de habilitação as provas realmente indispensáveis para assegurar o cumprimento das obrigações pactuadas (FREITAS, 2011, p. 34).

A constitucionalidade da licitação sustentável insere-se como dever estatal (art. 225³) e da livre iniciativa (art. 170, VI⁴), ambos

¹ O conceito de sustentabilidade que é empregado neste artigo é o preconizado por Freitas (2012, p. 41 e 303): “é o princípio constitucional que determina, independentemente de regulação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar”.

² Há outros nomes para o certame, como “compra governamental verde” (*green public procurement*) ou “compra governamental sustentável” (*sustainable public procurement*), além de *environmental procurement*, *environmentally friendly purchasing*, *buying green* e *eco-efficient procurement* (PIRES; TEIXEIRA, 2009, p. 11, nota 12).

³ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

da Constituição Federal. Todavia, não pode ser considerada forma de regulação da atividade econômica promovida pelo Estado, impondo-se ao particular que fosse contratar com a Administração Pública. O artigo 174⁵ da Constituição Federal dispõe que a regulação da atividade econômica é *indicativa* para o setor privado, não o obrigando a nada. O ente privado fabrica se quiser produtos com as especificações ambientais que interessam ao Estado. Pensar o contrário colocaria em dúvida a constitucionalidade desses certames. Em suma, o certame visa dar preferência nos processos licitatórios aos produtos socioambientalmente corretos, com menor impacto ambiental, cujo processo de produção incorpore padrões socioambientalmente sustentáveis. O objetivo é preservar o meio ambiente.

As questões, portanto, relativas ao papel indutor do Estado em criar mercados para produtos sustentáveis estão sintetizadas no princípio da ecoeficiência, consagrado no art. 6º, V, da Lei nº 12.305/2010 – PNRS, lei que prevê no seu art. 7º, XI, a licitação sustentável como um de seus instrumentos.⁶

Do ponto de vista normativo, há outras normas que imprimem validade à licitação sustentável. Destaca-se a Lei nº 12.187/09 (art. 6, XII)⁷, que instituiu a Política Nacional de Mudanças do Clima (PNMC), e a alteração da Lei nº 8.666/93 promovida pela

⁴ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

⁵ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

⁶ “Art. 7º [...] XI - prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: a) produtos reciclados e recicláveis; b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis”.

⁷ “Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima: [...] XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos”.

Lei nº 12.349/10 ao preceituar que a licitação se destina “[à] promoção do desenvolvimento nacional sustentável” (Lei nº 8666/93, art. 3, *caput*)⁸.

E, mais recentemente, a Lei 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em seus artigos 1º, § 7º, VIII; 27, § 2º; 31; 32, §§ 1º e 2º, e 47, III, faz referência à inclusão da variável ambiental nas licitações e contratos administrativos que ela disciplina. Em razão de os dispositivos apresentarem cunho eminentemente preventivo, que visa a evitar o envolvimento das empresas estatais em práticas que destoam da legislação ambiental vigente, faz-se importante transcrevê-los abaixo:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, abrangendo toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios que explore atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União ou seja de prestação de serviços públicos.

[...]

§ 7º Na participação em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário, essas deverão adotar, no dever de fiscalizar, práticas de governança e controle proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, considerando, para esse fim:

[...]

VIII - relatório de cumprimento, nos negócios da sociedade, de condicionantes socioambientais estabelecidas pelos órgãos ambientais.

Art. 27. A empresa pública e a sociedade de economia mista terão a função social de realização do inte-

⁸ “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (grifos nossos).

resse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação.

[...]

§ 2º A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão, nos termos da lei, adotar práticas de sustentabilidade ambiental e de responsabilidade social corporativa compatíveis com o mercado em que atuam.

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, **inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto**, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, **do desenvolvimento nacional sustentável**, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo (grifos nossos).

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

§ 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - **disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;**

II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - **utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;**

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado por investimentos realizados por empresas públicas e sociedades de economia mista;

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º A contratação a ser celebrada por empresa pública ou sociedade de economia mista da qual decorra impacto negativo sobre bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados dependerá de autorização da esfera de governo encarre-

gada da proteção do respectivo patrimônio, devendo o impacto ser compensado por meio de medidas determinadas pelo dirigente máximo da empresa pública ou sociedade de economia mista, na forma da legislação aplicável (grifos nossos).

Art. 47. A empresa pública e a sociedade de economia mista, na licitação para aquisição de bens, poderão:

[...]

III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por instituição previamente credenciada (grifos nossos).

Ainda no plano infralegal e no âmbito federal, há a Instrução Normativa nº 1/10 da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

No Direito Comparado e especificamente nos Estados Unidos da América, a licitação sustentável encontra-se na chamada *Executive Order* nº 13.101/1998⁹ e no âmbito da Comunidade Econômica Europeia na diretiva ROHS (*Restriction of Certain Hazardous Substances*), que restringe a utilização de determinadas substâncias, como chumbo, cádmio, mercúrio e outros na fabricação de equipamentos elétricos e eletrônicos.¹⁰

⁹ *Executive Orders (E.O.) are edicts issued by the President. A Executive Order* é ato privativo do presidente estadunidense e tem força de lei ou a ela é equiparada. Acessível em *The White House. Executive Order n. 13.101 of September 14, 1998. Federal Register*, v. 63, n. 179, Sept. 16, 1998. Disponível em: <<http://www.epa.gov/epp/pubs/guidance/executiveorders.htm>>. Acesso em: 05 maio 2014.

¹⁰ Ver sobre isso em: Comissão Europeia. *Comprar ecológico. Manual de contratos públicos ecológicos*. 2. ed. (emprega legislação e jurisprudência vigentes em junho de 2011). Luxemburgo. Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf>. Acesso em: 05 maio 2014. Esse manual, ao final, contém a legislação e políticas aplicáveis às compras ecológicas. No enquadramento jurídico europeu atentar para as Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE - designadas "diretivas relativas aos contratos públicos".

2 Limites da licitação sustentável

A licitação sustentável é aquela, portanto, que integra critérios ambientais de acordo com o estado da técnica, ou seja, com o melhor para o meio ambiente conforme a ciência atual num preço razoável. Por conseguinte, dita licitação não autoriza qualquer compra, qualquer critério subjetivo e qualquer preço na busca em equacionar a difícil relação entre economicidade e sustentabilidade ambiental. O Estado ambiental ainda é um Estado de direito no dizer de Canotilho e tem como consequência prática o afastamento “de qualquer fundamentalismo ambiental que, por amor ao meio ambiente, resvasse para formas políticas autoritárias e até totalitárias com o desprezo das dimensões garantísticas do Estado de direito” (CANOTILHO, 1999, p. 43).

Qual amplitude que se pode dar aos parâmetros protetores do meio ambiente – ao consumo ambientalmente responsável – quando o Estado consome bens, produtos ou serviços, nos projetos a serem executados, nos casos de alienação de bens ou mesmo nas concessões, permissões ou autorizações?

Por certo não é o pagamento de qualquer preço a qualquer custo. A Súmula 177 do Tribunal de Contas da União exige que os critérios sustentáveis devam estar claros no objeto do edital, uma vez que a descrição precisa do objeto licitável constitui regra indispensável para prestigiar a competitividade da licitação, bem como a igualdade entre os licitantes.

Os parâmetros empregados podem ser variados¹¹, tais como:

1 - “*especificações técnicas do produto* (exigir o uso de certa quantidade de borracha reciclada no asfalto, não comprar produtos com amianto, preferir carros a álcool ou exigir licenças para a atividade a ser contratada)¹²,

2 - *especificações de desempenho* (se referem à cobrança de resultados ambientais, como exigir maior economia ou eficiência em um determinado processo, por exemplo, na distribuição de energia, coleta e eliminação de lixo com menor prejuízo ao meio ambiente ou na escolha de aparelhos elétricos que gastem menos energia ou veículos que consomem menos combustível),

¹¹ Conforme BIM, Eduardo Fortunato, Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável, p. 178 a 180. In *Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis*, SANTOS, Murillo Giordan e BARKI, Teresa Villac Pinheiro (coord.) Belo Horizonte: Ed. Forum, 2011.

¹² As especificações do bem a ser adquirido ou mesmo dos critérios de certificação devem ser tecnicamente justificadas e de forma completa/precisa e suficiente (Lei nº 8.666/93, artigos 7º, parágrafo 5º, e 15, parágrafo 7º, I, c/c Súmula 177 do TCU).

3 - *especificações de método de produção/prestação do serviço* (aquelas nas quais o Poder Público impõe aos licitantes determinados métodos de produção ou prestação de serviços ambientalmente defensáveis. O Poder Público pode recusar a compra de bens fabricados sem seguir determinadas especificações de produção, tal como comprar energia produzida a partir de energias renováveis – eólica, solar, geotérmica, ondas das marés, gases dos aterros – bem como rechaçar prestação de serviços que não atendam a determinadas técnicas),

4 - e a *elaboração de projetos estruturalmente sustentáveis* (critério que se origina com a estrutura da obra). O uso da energia solar, o reúso da água, o tratamento de efluentes gerados e o aproveitamento da água da chuva são alguns exemplos deste tipo de concepção sustentável”.

Há quem imponha resistência à licitação sustentável em razão de ela violar o art. 3º, parágrafo 1º, I da Lei nº 8.666/93 – pela imposição pelo Estado de cláusulas que restringiriam a competitividade do certame, estabelecendo requisito “impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”.¹³

O critério ambiental será impertinente ou irrelevante se ele vier a beneficiar alguns particulares, em detrimento da proposta mais vantajosa. Todavia, se vier a atender ao interesse público, ele é pertinente e relevante.

Ora, a própria Lei de Licitações prevê que os projetos básicos e executivos de obras ou serviços levem em conta diversos aspectos que dão sustentação à inserção de critérios ambientais nos editais dos certames públicos, como a previsão do art. 12, VII – a consideração pelo “impacto ambiental da obra ou serviço” – e a do art. 6º, IX, para assegurar o “adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento”.

¹³ “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

Com relação ao impacto ambiental da obra ou serviço, o entendimento cristalizado após a edição da Lei nº 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos – é de que tal impacto ambiental é o do ciclo de vida do produto, que deve ser considerado não só na execução da obra, mas na sua manutenção e operação, incluindo-se a preocupação com o descarte ambientalmente adequado de resíduos e rejeitos gerados na execução, desativação/desmobilização do empreendimento. Portanto, o critério ambiental é pertinente e relevante aos olhos do legislador.

Também o art. 13, III da Lei Nacional da Política do Meio Ambiente preceitua que o Poder Executivo deve (é cogente o preceito) incentivar as atividades voltadas ao meio ambiente, visando a “iniciativas que propiciem a racionalização do uso de recursos ambientais”.

Resta concluir, portanto, que o Estado deve consumir com responsabilidade ambiental porque atende ao interesse público primário.

Nesse ínterim, pode o Estado – bem dito, o Poder Executivo – editar norma que veda a compra de produtos ou equipamentos que agridam a camada de ozônio¹⁴, que proíba a utilização de alimentos transgênicos na composição da merenda escolar fornecida aos alunos dos estabelecimentos de ensino oficial¹⁵, que obriga ou recomenda a aquisição de impressoras que imprimam, preferencialmente, em frente e verso, que institui a coleta seletiva de resíduos etc.

Para o Supremo Tribunal Federal (STF) existe reserva da Administração na edição dessas normas. As regras de iniciativa legislativa devem ser do Executivo. O Tribunal trata como indevida a interferência do Poder Legislativo se dele provier a iniciativa de edição de ditos preceitos.¹⁶ Vide ADI nº 3.059-MC, na qual a Corte decidiu que a Lei nº 11.871/02, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu, no âmbito da Administração Pública sul-rio-grandense, a preferencial utilização de *softwares* livres ou sem restrições proprietárias – no caso lei de iniciativa da Assembleia Legislativa – não poderia antecipar a avaliação concreta da Administração Pública, feita caso a caso, criando preferência legal atemporal para determinado *software*. Dita avaliação deve ser feita pelo Executivo, sob pena de violação do princípio da separação de poderes (art. 2º da CF).

¹⁴ Decreto federal n. 2.783/98.

¹⁵ Lei do Estado de São Paulo n. 10.761/10.

¹⁶ Todavia, a reserva sofre moderação, se a lei for de iniciativa do Poder Executivo ou se a emenda ao texto legal dele provier.

3 Direito subjetivo à licitação sustentável

“Seria possível a uma ação judicial ou administrativa (tribunal de contas) determinar a alteração de editais ou a interrupção de licitações e/ou contratos se não for respeitada a inserção de critérios sustentáveis na licitação? A licitação sustentável existiria apenas como direito objetivo (*law*) ou também se constituiria em um direito subjetivo (*right*), gozando de proteção judiciária?¹⁷”

Entende-se que tais certames existem também como direito subjetivo, mas com algumas reservas.

Uma dessas reservas é o entendimento de que os critérios ambientais não existem isoladamente e devem se compatibilizar com todos os demais valores inseridos na ordem jurídica.

Outra reserva decorre da natureza que o direito de se exigir a licitação sustentável assume no contexto jurídico. Ele decorre do princípio a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF), cuja natureza jurídica é de um direito difuso. Sob essa perspectiva, tal direito teria a proteção dos meios judiciais que os direitos difusos possuem. Entretanto, há a possibilidade de o particular prejudicado em uma licitação provocar o Tribunal de Contas¹⁸ ou mesmo exercer *certo controle* e exigibilidade judicial da licitação sustentável alegando inviabilidade no processo licitatório por não observância das regras sustentáveis, quando estas não sejam claras. Diz-se *certo controle* porque há limitações na caracterização da licitação sustentável como direito subjetivo exigível e uma delas é o próprio *estado da técnica* – o Estado não pode ser obrigado a seguir modismos, estudos científicos novos e não amadurecidos na comunidade científica – e outra é a *vedação do custo excessivo* – a técnica adotada pelo Estado pode ser cara, desde que não seja exorbitante. As duas limitações abarcam área reconhecidamente da discricionariedade administrativa, cuja zona é defesa ao Judiciário ou aos tribunais de contas, exceto nos casos desarrazoados. No caso do *estado da técnica*, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) prudentemente adota o princípio da deferência técnico-administrativa, isto é, atuação com a maior cautela possível, cautela que não se coaduna com insindicabilidade, covardia ou falta de arrojo. São situações que envolvem aspectos multidisciplinares – telecomunicações, con-

¹⁷ Questões todas levantadas por Bim (2011, p. 203). As respostas estão em conformidade com o texto do autor.

¹⁸ Possibilidade acolhida no Acórdão do TCU n. 1.260/2010.

corrência, direito de usuários de serviços públicos etc.¹⁹ Em se tratando do *estado da técnica*, admite-se que o custo da licitação sustentável seja superior desde que não seja exorbitante ou desarrazoado. A vedação de custo excessivo pode traduzir-se em preços competitivos por analogia com o princípio da ecoeficiência previsto na Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305/2010, art. 6º, V.

4 Formas práticas de implementação das licitações sustentáveis²⁰

Resumidamente, as licitações sustentáveis podem ser implementadas através de três tipos de medidas: escolha e especificação técnica do objeto do certame, exigência de requisitos de habilitação e imposição de obrigações contratuais.

A *especificação técnica do objeto* deve evitar o *direcionamento indevido*. Evita-se citada acusação quando na etapa de “caracterização do objeto a ser licitado, sejam observados os princípios da impessoalidade ou da finalidade pública, da eficiência e da isonomia, com descrição adequada do objeto de forma a atender ao interesse público, maximizar o resultado e ampliar a competitividade, evitando-se tanto a deficiência como o excesso na caracterização do objeto. [...] As exigências quanto às especificações técnicas de determinado produto a ser adquirido devem ser somente aquelas indispensáveis ao atendimento das necessidades específicas da administração em termos de desempenho, durabilidade, funcionalidade e segurança. (Acórdão nº 2.476/2008, Plenário. Rel. Auditor André Luís de Carvalho. Julg. 5.11.2008. DOU, 7 nov. 2008)”. Todavia, não deve limitar-se ao aspecto econômico apenas, mas deverá ser conjugado com a avaliação do ciclo de vida do produto²¹, já que a Administração Pública deve atuar para obter a proposta mais vantajosa para o interesse coletivo e esta deve acarretar o menor impacto ambiental nos respectivos processos de fabricação, consumo e disposição final. Em suma, a especificação técnica do objeto da licitação com base em elementos de sustentabilidade ambiental

¹⁹ Ver Resp nº 1.171.688/DF, Segunda Turma, v.u. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julg. 1º.6.2010. Dje, 23 jun. 2010.

²⁰ Conforme Terra, Csipai e Uchida (2011, p. 219-245).

²¹ Art. 3, IV, da lei n 12.305/2010 – Política Nacional de Resíduos Sólidos. “Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: [...] IV - ciclo de vida do produto: série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, a obtenção de matérias-primas e insumos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”.

deve ter um fundamento objetivo – técnico ou legal – que afaste qualquer alegação de direcionamento do certame ou de restrição injustificada à ampla competitividade e à isonomia entre os participantes.

No que tange às *exigências de habilitação*, estas devem ser as mínimas possíveis nos termos exatos da Constituição Federal de 1988, não podem ultrapassar aquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI). Em vista disso, os requisitos de habilitação são interpretados restritivamente pela jurisprudência, e critérios ambientais somente são admitidos quando têm por fim garantir o cumprimento do contrato. É muito difícil, portanto, a inserção de critérios ambientais nessa fase do certame, sendo mais seguro o seu uso na escolha do objeto da licitação ou na fase das propostas, mas não é impossível. Pode-se empregá-los na qualificação jurídica, na qual haveria a possibilidade de se exigir registros, licenças, certificados e congêneres quando a atividade assim o exigir (art. 28, V, da lei n. 8.666/93).

Finalmente, a inserção de critérios socioambientais nas *obrigações impostas à contratada* refere-se ao dever da Administração Pública de estipular obrigações ao contratado com vistas a minimizar prejuízos ambientais. A tarefa do Poder Público foi facilitada pela novel Lei 12.305/2010, que prevê no seu art. 3, XII, o instrumento da logística reversa, definida como

instrumento de desenvolvimento econômico e social caracterizado por um conjunto de ações, procedimentos e meios destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos ao setor empresarial, para reaproveitamento, em seu ciclo ou em outros ciclos produtivos, ou outra destinação final ambientalmente adequada.

Referida Lei traz no art. 33, incisos I a IV, os produtos que obrigatoriamente deverão ser objeto de logística reversa cujos fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes estão obrigados a estruturar e implementar sistemas de fluxo reverso, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, *de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos*. São eles: agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso; pilhas e baterias; pneus; óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista e produtos eletroeletrônicos e seus componentes. Ora, a Administração Pú-

blica poderá inserir entre as obrigações da empresa contratada que, na qualidade de fabricante, importador, distribuidor ou comerciante, adote as providências compatíveis, mediante o recolhimento do produto ou embalagem abarcado pela logística reversa, com a consequente destinação dos resíduos ou a disposição final ambientalmente adequada de rejeitos provenientes da execução do contrato. Também poderá inscrever cláusula no contrato que amplie as responsabilidades do particular contratado impondo-lhe deveres não apenas inerentes a sua própria atividade comercial ou industrial, mas também relacionada a seus fornecedores.

Nesse ínterim, a Lei 12.305/2010 instituiu a *responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto* nos seguintes termos:

Art. 30. É instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos, consoante as atribuições e procedimentos previstos nesta Seção.

Parágrafo único. A responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos tem por objetivo:

I - compatibilizar interesses entre os agentes econômicos e sociais e os processos de gestão empresarial e mercadológica com os de gestão ambiental, desenvolvendo estratégias sustentáveis;

II - promover o aproveitamento de resíduos sólidos, direcionando-os para a sua cadeia produtiva ou para outras cadeias produtivas;

III - reduzir a geração de resíduos sólidos, o desperdício de materiais, a poluição e os danos ambientais;

IV - incentivar a utilização de insumos de menor agressividade ao meio ambiente e de maior sustentabilidade;

V - estimular o desenvolvimento de mercado, a produção e o consumo de produtos derivados de materiais reciclados e recicláveis;

VI - propiciar que as atividades produtivas alcancem eficiência e sustentabilidade;

VII - incentivar as boas práticas de responsabilidade socioambiental.

Essa mesma lei prevê, no art. 8º, incisos XVI e XVIII, os instrumentos hábeis a gerar os chamados vínculos de atributividade que enlaçam fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes – acordos setoriais, termos de compromisso e os termos

de ajustamento de conduta, nos quais deverão estar expressamente previstas as obrigações de cada gerador.

Não é exagero, portanto, o Poder Público exigir da contratada, na qualidade de distribuidora ou comerciante, a assunção de responsabilidade concomitante, porém individualizada, com o fabricante, do item que disponibiliza no mercado.

Conclusão

Com essas considerações, tem-se que a tendência atual da Administração Pública é gradualmente conceder preferência aos produtos e serviços socioambientalmente adequados, até que se imponham no mercado em razão do fabuloso poder de compra que o Estado detém. Está, portanto, nas mãos do gestor público a oportunidade de promover mudanças nos modos de pensar e agir do setor produtivo.²²

Referências

BETIOL, L. S. et al. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. Consumo responsável de madeira amazônica: a adoção do instrumento da licitação sustentável por governos subnacionais membros da Rede Amigos da Amazônia. **Revista Cadernos de Gestão Pública e Cidadania**, v. 16, p. 1-20, 2011.

BIM, Eduardo Fortunato. Considerações sobre a Juridicidade e os Limites da Licitação Sustentável. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. (Coord.) **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comprar ecológico**. Manual de contratos públicos ecológicos. 2. ed. (emprego legislação e jurisprudência vigentes em junho de 2011). Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_pt.pdf>. Acesso em: 7 maio 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade – Direito ao Futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

²² Para saber mais: Monzoni Neto et al. (2008); Betiol et al. (2011); Santos e Barki (2011); Guia de Compras Públicas Sustentáveis para a Administração Federal. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2011; Catálogo Sustentável. Disponível em: <<http://www.catalogosustentavel.com.br/>>. Acesso em: 06 maio 2014; CES – FGV. Centro de Estudos em Sustentabilidade da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Disponível em: <www.ces.fgvsp.br>; e Silva e Barki (2012).

FREITAS, Juarez. Licitações e sustentabilidade: ponderação obrigatória dos custos e benefícios sociais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 13, n. 70, p. 15-35, nov./dez. 2011.

MONZONI NETO, M. P. et al. **Guia de Compras Públicas Sustentáveis**: uso do poder de compras do governo para a promoção do desenvolvimento sustentável. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2008. v. 2.

PIRES, Brigida Raquel Coelho da Fonseca; TEIXEIRA, José Manuel Cardoso. **Environmental Criteria in Public Procurement of Construction Work**: a Portuguese Analysis. Saarbrücken: VDM, 2009.

SANTOS, Murillo; BARKI, Teresa. (Org). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

SILVA, Renato Cader da; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. Compras públicas compartilhadas: a prática das licitações sustentáveis. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 63, n. 2, p. 157-175, abr./jun. 2012.

TERRA, Luciana Maria Junqueira; CSIPAI, Luciana Pires; UCHIDA, Mara Tieko. Formas Práticas de Implementação das Licitações Sustentáveis: Três Passos para Inserção de Critérios Sociambientais nas Contratações Públicas. In: SANTOS, Murillo Giordan; BARKI, Teresa Villac Pinheiro. (Coord.). **Licitações e Contratações Públicas Sustentáveis**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 219-245.

Apontamentos gerais da apelação no CPC/2015

Vinicius Silva Lemos

Advogado em Rondônia

Doutorando em Processo pela UNICAP/PE

Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ

*Especialista em Processo Civil pela Faculdade
de Rondônia – FARO*

Professor de Processo Civil da FARO e da UNIRON

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

RESUMO

Este artigo analisa as alterações legislativas realizadas pelo novo ordenamento processual civil no tocante ao recurso de apelação, com o implemento de nova conceituação e possibilidades de utilização de tal espécie recursal. O intuito desse estudo está em analisar, de maneira geral, as inovações na apelação, como a relação com os efeitos suspensivo e regressivo, a teoria da causa madura e, principalmente, com a recorribilidade das decisões interlocutórias não passíveis de recurso imediato. Um estudo sobre essas novidades e os aspectos gerais da apelação.

Palavras-chave: Apelação. Recorribilidade da sentença. Impugnação das decisões interlocutórias. Teoria da causa madura.

ABSTRACT

This article analyzes the legislative changes made by the new civil procedure with regard to the lodging of an appeal,

with the attachment of new concepts and possibilities of use of such species resources. The aim of this study is to examine, in general, the innovations on appeal, as the relationship with the suspension effects and regressive, the theory of cause mature and, especially, with the Possibility appeal of interlocutory appeals are not subject to appeal immediately. A study on these news and general aspects of the appeal.

Keywords: Appeal. Possibility appeal of sentence. Challenge the interlocutory decisions. Theory of the Cause Mature.

Introdução

A sanção de um novo ordenamento processual proporciona diversas mudanças no cotidiano forense e acadêmico, com a natural e necessária adaptação aos ditames já em vigência. As inovações processuais visam à melhor prática processual, em busca de uma procedimentalidade condizente com uma prestação jurisdicional com duração razoável do processo.

Neste artigo, o estudo foca-se no recurso de apelação e na sua relação com a sentença e, ainda, com a nova relação com as decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento, além de detalhar as alterações pertinentes nessa espécie recursal.

A apelação tem novas relações com institutos antigos, como o efeito suspensivo e regressivo, com o juízo de admissibilidade, a teoria da causa madura e a sua própria procedimentalidade e, desse modo, é pertinente um trabalho para delinear todas essas alterações e impactos processuais diante da nova realidade desse instituto recursal, tão importante para o processo civil brasileiro.

Analisaremos a seguir todos os pontos da apelação diante da nova sistemática imposta no CPC/2015.

1 Apelação

A apelação sofreu, em sua base geral, apenas a mudança no deslocamento de artigos no CPC/2015, antes estava no art. 513 e, agora, foi deslocada para o art. 1.009. Não há, de maneira inicial, sobre a relação do recurso com a sentença, o que se mudar na conceituação recursal, dado que não foi realizada qualquer alteração na redação do *caput*: “De sentença cabe apelação”. Segundo Theodoro Jr. (2007, p. 595), a “apelação, portanto, é o recurso que se interpõe das sentenças dos juízes de primeiro grau de jurisdição para levar a causa ao reexame

dos tribunais do segundo grau, visando a obter uma reforma total ou parcial da decisão impugnada, ou mesmo sua invalidação”.

Se o artigo que dispõe sobre a apelação não mudou sua redação inicial, o mesmo não procede em relação à sentença, o que já vimos, que ampliou sua conceituação, com maior abrangência do que é o instituto. Tal alteração impacta, igualmente, no recurso de apelação, ampliando as possibilidades de impugnação, não alterando, no entanto, suas características. A sentença, no CPC/73, reputava a uma visão consequencial sobre o encerramento do processo de conhecimento como uma definição do instituto. Parcialmente essa visão se mantém, mas de modo a inserir-se como fase de conhecimento, não mais processo, pensando na forma sincrética, com um só procedimento, mas com diversos momentos processuais, ocasionando, portanto, vários encerramentos. Logo, quando houver o encerramento do conhecimento, teremos uma sentença e, posteriormente, quando chegar ao fim a fase de cumprimento de sentença, teremos nova sentença, não limitando a quantidade de sentenças no processo.

De certo modo, a alteração somente positiva o que já era realidade forense, na alteração que o CPC/73 sofreu em 2005 (Lei nº 11.232/2005), quando se alterou, de sobremaneira, a execução de título judicial para um novo formato, intitulado de cumprimento de sentença. Com isso, partiu-se o processo em diversas fases. Ainda no CPC/73, a decisão final dessa fase sempre foi prolatada por sentença, sendo atacada por apelação, não mudando no CPC/2015 nada em relação ao cotidiano forense processual, porém positivando uma prática, corrigindo o rumo legal para tanto.

Quando se impõe que de sentença cabe apelação, qualquer que seja a sentença existente na demanda, cabe apelação, seja uma de conteúdo de mérito ou sem mérito, respaldadas pelos arts. 485 e 487. Não há, portanto, uma limitação sobre a espécie de sentença que se busca impugnar na apelação.

A grande alteração na conceituação da apelação, no entanto, não está na sua relação com a sentença, e sim nos moldes do art. 1.009, § 1º, com as decisões interlocutórias não passíveis de impugnação via agravo de instrumento, as quais serão passíveis de impugnação na preliminar de apelação, alterando, então, a própria conceituação da apelação.

Diante dessa inserção acima, a apelação terá a conceituação ampla, como o meio processual impugnativo de uma sentença – com ou sem mérito – ou qualquer decisão interlocutória não pas-

sível de agravo de instrumento, com o viés de anulação ou reforma, almejando uma melhoria processual ou material.

1.1 Amplitude da apelação

1.1.1 Devolutividade da apelação – *tantum devolutum quantum appellatum*¹

O recurso de apelação depende da vontade da parte, como qualquer outro. Mesmo quando a parte sucumbente decide interpor a apelação, não será obrigada a recorrer sobre toda a sentença, sobre todos os assuntos – processuais e materiais – ali contidos ou sobre todos os pedidos. Há uma necessidade de requerimento do que se impugna, pela existência do próprio princípio da voluntariedade, somente se recorre do que se quer devolver à rediscussão ao juízo recursal. De certo modo, a voluntariedade operar-se-á em dois planos, no primeiro, sobre a própria recorribilidade como ato, o exercício do ato recursal, uma opção da parte e, ao realizar tal desiderato, há, ainda, a escolha de qual matéria deseja devolver para a análise do Tribunal, impugnando essa parte da sentença ou do processo.

Com base no art. 1.013, a apelação devolve ao Tribunal a matéria impugnada, dependendo da delimitação realizada no próprio ato recursal, que segundo Lucon (2000, p. 218) “é delimitada por o que é submetido ao órgão *ad quem* a partir da amplitude das razões apresentadas no recurso. O objeto do julgamento pelo órgão *ad quem* pode ser igual ou menos extenso comparativamente ao julgamento do órgão a quo, mas nunca mais extenso”.

O recorrente, com base na sua irresignação, sua vontade de recorrer e seu pedido recursal, delimita quais serão as matérias devolvidas ao tribunal, que ficará adstrito à resposta jurisdicional a esse pedido, não podendo manifestar-se sobre matérias ou questão não colocadas em discussão pelo recurso de apelação.

Essa devolutividade delimitada é a manifestação do princípio do dispositivo, uma vez que a parte que pretende apelar tem a total disponibilidade de recorrer amplamente, tanto de todos os pontos da sentença, quanto de todas as decisões interlocutórias não agraváveis do processo, bem como de vários aspectos processuais, alegando nulidades.

Dessa maneira, não pode o Tribunal manifestar-se sobre matéria que nenhuma das partes apelou, pelo fato de que aquela

¹ Tradução livre: *devolvido tanto quanto apelado*.

parte da sentença ou decisão, pela ausência de impugnação, restou como transitada em julgado. Materialmente, o que se impugnou, continuou *sub judice*, em litígio; no entanto, o que se deixou de impugnar, não restará mais discussão, com o devido trânsito em julgado, e depende exatamente das partes, primeiro com o ato de recorrer e, posteriormente, do quanto recorrer.

A impugnação recursal da apelação é importante para a delimitação do quanto se devolve de matéria no recurso e do alcance judicante do Tribunal. Em concordância, estabelece o enunciado nº 100 do FPPC que “não é dado ao tribunal conhecer de matérias vinculadas ao pedido transitado em julgado pela ausência de impugnação”.

1.1.1.1 Das argumentações e finalidades da apelação

A apelação, como principal recurso do processo civil, tem abrangência enorme sobre os fundamentos processuais, fáticos e jurídicos da ação, devolvendo-os, quando impugnados, para reapreciação do Tribunal. Cada fundamentação diversa proporciona um pedido diferente na apelação, devendo coadunar o pedido com a argumentação, criando uma relação condizente. Como a maioria dos recursos, o apelante utiliza a argumentação de *erro in procedendo* ou *erro in iudicando*.

Na primeira hipótese, o *erro in procedendo* divide-se, para a impugnabilidade da sentença, em duas possibilidades: o vício de formação da sentença (intrínseco) ou o vício processual ou procedimental (extrínseco). No vício de formação, importante lembrar que a sentença tem regras rígidas de formação, com a necessidade do cumprimento de requisitos formais, tais como o relatório, fundamentação e dispositivo, e, ainda, outras regras primordiais, como o respeito ao princípio da adstrição/congruência e a impossibilidade de a sentença ser ilíquida quando o autor formular pedido certo e determinado.

No caso de desrespeito a uma dessas possibilidades, há um vício inerente à própria formação da sentença, tornando-a totalmente anulável, de acordo com a extensão do vício no ato judicial. O *erro in procedendo* será interno da sentença, ou seja, intrínseco.

Na segunda hipótese, há um vício de procedimento, ou seja, as impugnações que a apelação pode suscitar versam sobre a própria condução processual, a qual o recorrente entende como realizada de modo errôneo pelo juízo, fora dos ditames legais, sem ater-se ao disposto no CPC/2015, seja com supressão de atos, falta de intimação, não cumprimento do contraditório, entre

tantas outras hipóteses, somente há a necessidade de demonstrar que a regra processual foi tergiversada, logo causando prejuízo à parte.

Comprovado o vício, por via recursal, seja intrínseco ou extrínseco, justifica-se a invalidação da sentença em grau de apelação pelo colegiado. A consequência da alegação do *erro in procedendo* – qualquer deles – é a necessidade do pedido de anulação da decisão pelo recorrente, não há como alegar esse erro sem culminar no pedido de anulação. Em regra, quando houver a invalidação/anulação da sentença pelo Tribunal, o processo retorna ao primeiro grau para que outra decisão seja proferida (intrínseco) ou para realizar-se o ato suprimido ou sanar o vício do ato defeituoso, para, somente após, percorrer o caminho restante, ainda em primeiro grau, para a prolação de uma nova sentença (extrínseco).

Quando se alega *erro in judicando*, o mérito é o erro da atividade do julgador quanto à aplicabilidade da lei para o caso em concreto, o ato de subsunção, mediante sua interpretação entre os fatos e o direito, seja por meio de doutrina, jurisprudência ou precedente, o que o recorrente entende como solução decisória equivocada para o caso, impugnando a decisão com a possibilidade de alegá-la como injusta, como imperfeita para ser a definição meritória daqueles fatos.

A alegação do equívoco recai exatamente sobre a interpretação judicial dada aos fatos ou também sobre a maneira de como os próprios fatos foram decididos, influenciando, por conseguinte, o direito ali decidido. Ou seja, os próprios fatos, mediante a atividade cognitiva, devem ser definidos diante da busca pela melhor probabilidade de acontecimentos, o que as alegações e as provas levam o juízo a crer como o razoável para a definição fática daquela questão exposta na demanda. Se o juízo define como os fatos serão considerados para a prolação de decisão, logo estes também poderão ser impugnados na sentença, perfazendo, do mesmo modo que as alegações de argumentações jurídicas, um *erro in judicando*.

Com a congruência entre a argumentação e o pedido, há de se pedir, diante do *erro in judicando*, a reforma da decisão, seja para alterar a definição dos fatos da decisão ou os próprios fundamentos jurídicos desta, com a substituição decisória pelo acórdão a ser proferido pelo órgão fracionário *ad quem*.

Antes de julgar o mérito, deverá o relator (ou o órgão colegiado respectivo, cf. § 4.º do art. 938 do CPC/2015) identificar se há alguma questão preliminar a ser resolvida (sobre questões prévias, preliminares e

prejudiciais, cf. comentário ao art. 489 do CPC/2015). Não se conhecerá do mérito, caso sua análise seja incompatível com o que se tiver decidido, em relação à questão preliminar. Deve-se, porém, antes de não se conhecer do recurso (juízo de admissibilidade negativo), verificar se sua correção ou o saneamento de outro vício processual que impeça o exame do mérito é possível (cf. comentário a seguir). Rejeitada a preliminar ou não sendo ela incompatível com o mérito, seguir-se-á o julgamento, com o exame da questão principal (cf. art. 939 do CPC/2015). (MEDINA, 2015, p. 836).

O julgamento do *erro in procedendo* sempre precederá ao do *erro in judicando*, pelo fato de que o êxito do primeiro pode impossibilitar, por vezes, o julgamento da segunda argumentação. Se o juízo entender que há vícios processuais – intrínsecos ou extrínsecos –, não há motivos para adentrar-se nas questões jurídicas, com a anulação da decisão ou de parte do processo, com a volta do processo para um ponto anterior, sem a necessidade, portanto, de análise sobre o mérito oriundo do *erro in judicando*, o que restou como prejudicado.

1.1.1.2 Possibilidade de reexame de provas

Por se tratar do recurso com a maior devolutividade no processo civil, a apelação tem a possibilidade, mediante a impugnação realizada, de devolver toda a matéria discutida no processo de conhecimento, com total abertura de âmbito, a critério, evidentemente, do recorrente, desde os seus fundamentos fáticos, tanto quanto os jurídicos.

Para uma reanálise sobre os fatos da demanda, é necessário, portanto, que haja a possibilidade de rediscutirem-se as provas nos autos, devolvendo ao órgão colegiado do Tribunal a apreciação das provas. A maioria dos recursos não permite a rediscussão das provas em grau recursal, sendo, então, exceção a revisão de prova no âmbito dos Tribunais.

No entanto, como a apelação visa possibilitar a efetividade do duplo grau de jurisdição, concedendo abertura para uma ampla discussão da demanda nos Tribunais, a discussão probatória é matéria pertinente e importante para a apelação. Obviamente que a decisão pela devolutividade da análise probatória passa pela voluntariedade da parte, uma vez que o recorrente deve escolher rever a prova ou não, permitindo, se for o caso, uma total e ampla reanálise sobre as provas produzidas e até, excepcionalmente, permitir-se-á a própria produção de prova no Tribunal.

Desse modo, a amplitude da apelação é tamanha, materialmente, que possibilita questões fáticas serem reexaminadas.

1.1.1.3 As questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas

Nos moldes do art. 1.013, § 1º, as questões que, no primeiro grau, foram discutidas ou suscitadas no processo, porém não foram solucionadas, serão, automaticamente, devolvidas ao Tribunal, não operando sobre estas a preclusão.

Questões são polêmicas suscitadas em torno de algum assunto no decorrer da lide. Surgem quando um fundamento, de fato ou de direito, invocado no pedido ou na defesa, é impugnado pela parte adversa. Vale dizer, os fundamentos ensejam questões quando são impugnados. Ambos – questões e fundamentos – podem dizer respeito apenas ao processo em si (as chamadas preliminares) ou a temas de fundo (PEREIRA, 2004, p. 88).

Esse dispositivo permite duas reações processuais diversas. A primeira, muito importante, é a visão de que o recorrente, em sua peça recursal, pode trazer matérias que não estejam constantes na sentença, desde que tenham sido discutidas realmente no processo, com um efetivo contraditório, com a devida suscitação por uma parte e a resposta ou, ao menos, oportunidade de resposta pela outra parte. De certo modo, a apelação é tão ampla que se pode recorrer de matéria que não esteja inserida na sentença, ainda que esteja inserida no processo como um todo.

A outra reação pertinente está na possibilidade de o Tribunal se manifestar sobre tais matérias, ainda que não sejam alvo de impugnabilidade, oficiosamente, uma vez que tais pontos ou matérias fazem parte da demanda e estariam, processualmente, representando uma lacuna na lide e, principalmente, na sentença, podendo até classificá-la, de certo modo, como uma decisão *citra petita*, justamente por conter uma lacuna a ser sanada, possibilitando a análise pelo Tribunal, sem atingir o princípio da adstrição recursal.

Diferentemente de pedidos que o recorrente não impugna e, com isso, não serão analisados pelo Tribunal, essas questões não foram solucionadas pelo juízo *a quo*, criando uma lacuna sobre determinadas matérias, o que possibilita ao colegiado não revisitá-las, pelo fato de que nunca foram visitadas, tampouco solucionadas, mas debruçar-se sobre elas, pela primeira vez na

demanda, para solucioná-las. Não serão, assim, reanalisadas, e sim analisadas pela primeira vez para suprir a falha na prestação jurisdicional anterior.

Nesse momento, com base na abertura dada pelo art. 1.013, § 1º, se o recorrente não impugnou essa parte do processo, com a possibilidade de o Tribunal manifestar-se oficiosamente, estará presente o efeito translativo, como já vimos nas hipóteses de enfrentamento de matérias de ordem pública, o que não deixa de ser uma questão não solucionada, pois, de acordo com Bueno (2008, p. 82), “sendo legítima a atuação oficiosa do órgão ad quem nos casos de ‘matérias de ordem pública’, desde que tenha havido proferimento de juízo positivo de admissibilidade”, porém se houver pontos processuais ou de direito material, ainda que não sejam de ordem pública, suscitados e não decididos, será possível a manifestação oficiosa, permitindo, portanto, nova hipótese de translatividade.

No entanto, toda essa translatividade somente ocorre, de igual modo a devolutividade, após o juízo positivo de admissibilidade. Mas, se o recorrente impugnou, em sua peça recursal, essa matéria, ainda que não decidida, o efeito será devolutivo? É um tanto estranho imaginar que irá devolver-se uma matéria nunca decidida, contudo ao encarar que o efeito devolutivo está interligado à delimitação da matéria a ser respondida pelo julgamento recursal, suscitar uma matéria não constante na sentença, almejando que o Tribunal analise-a, é um modo de visualizar o efeito devolutivo, mesmo que de maneira um pouco transversa.

Se o recorrente não requerer no recurso, não haverá um pedido em específico, somente permitindo-se a análise das questões não decididas ou não solucionadas, desde que contraditadas, o efeito será translativo, e não devolutivo.

Sobre a ordem de julgamento recursal, essas questões não julgadas em primeiro grau podem vir de duas maneiras: como preliminar e como mérito. Na primeira hipótese, essa questão deve ser analisada de maneira antecipada ao mérito do próprio recurso, primeiramente, as questões não decididas, para depois se adentrar ao mérito, podendo essas questões até influenciar o próprio mérito recursal. Por outro lado, se a questão não julgada pelo primeiro grau for meritória, como um pedido não julgado, uma sentença *citra petita*, não há problemas em ser posteriormente, junto ou após o julgamento de mérito dos outros pedidos existentes.

1.1.1.4 Se o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais

O recurso devolve a matéria para o Tribunal, de acordo e nos limites dos seus pedidos, traduzindo, literalmente, o significado do efeito devolutivo. O recorrente deve fundamentar o recurso com as suas razões e argumentos para embasar os motivos de sua irresignação recursal, mediante o pedido realizado naquele ato.

No entanto, é pertinente salientar que a devolutividade recursal está atrelada ao pedido realizado na peça impugnativa, não sobre as matérias que ali estão delimitadas somente, podendo, se for o caso, que o colegiado fale sobre outras matérias ou fundamentos existentes na demanda, mas que não foram suscitados, seja para a base fático-jurídica da sentença ou do próprio recurso. Logo, para o acolhimento ou não do recurso, independe de o Tribunal ater-se aos fundamentos do recorrente, o vínculo entre o recurso e o acórdão que surge do julgamento está no pedido, a fundamentação do recorrente somente serve para demonstração legítima da sucumbência, do descontentamento, não estabelece um vínculo entre o recurso e a necessidade do fundamento para acolhimento ou não pelo Tribunal.

Se o autor invocara dois fundamentos para o pedido e o juiz o julgou procedente apenas por um deles, silenciando sobre o outro, ou repelindo-o expressamente, a apelação do réu, que pleiteia a declaração de improcedência, é suficiente para devolver ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos (CHACPE, 2011).

A revisão realizada pelo Tribunal tem total amplitude para tratar de diversos fundamentos que foram suscitados e debatidos entre as partes, independente de a sentença ou recurso falar sobre todos, o colegiado pode ater-se a qualquer dos fundamentos, tanto do recorrente quanto do recorrido. O efeito devolutivo devolve toda a matéria de mérito para reapreciação existente na demanda sobre aquele pedido, a relação deste efeito é, exatamente, com o pedido impugnado. Em conformidade, o enunciado nº 102 do FPPC afirma que “o pedido subsidiário (art. 326) não apreciado pelo juiz – que acolheu o pedido principal – é devolvido ao tribunal com a apelação interposta pelo réu”.

Já para Rodrigo Barioni (2007) a principal diferença entre questões e fundamentos consiste no fato de

ser possível que um único fundamento contenha diversas questões a serem resolvidas. A recíproca, contudo, para o autor, não é verdadeira: não há questões que contenham diversos fundamentos. Isso implica outra importante diferença entre os temas: a solução das questões antecede, logicamente, a decisão de acolhimento ou rejeição dos fundamentos. Para saber se determinado fundamento será acolhido, obrigatoriamente o juiz deverá ter julgado questões a ele pertinentes (CHACPE, 2001).

Desse modo, por mais que o recorrente tente limitar o seu ato recursal quanto aos argumentos que entende como pertinentes para a revisão, o colegiado pode interpretar outros fundamentos, estando estes de volta ao julgamento justamente por todo o processo, dentro da limitação do pedido impugnado, poder ser reanalisado. O intuito recursal é analisar tudo aquilo que foi pedido, ou seja, o mérito do recurso, independentemente dos fundamentos necessários para basear essa análise, desde que existentes na demanda. Caso o relator queira inovar em termos de fundamentos, pode intimar as partes para manifestação, mas, no caso de argumentações das partes no processo, o colegiado detém total liberdade para acatar outros fundamentos que já foram debatidos ou suscitados na demanda.

1.1.2 Momento de impugnar as decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento

O art. 1.009, § 1º versa sobre as questões decididas em primeiro grau durante a fase de conhecimento, ou seja, as decisões interlocutórias realizadas nessa fase. No entanto, o legislador dividiu as decisões interlocutórias, quanto a sua recorribilidade, em duas espécies, durante a fase de conhecimento: aquelas passíveis de impugnação via agravo de instrumento e aquelas não passíveis dessa recorribilidade.

As primeiras, com a possibilidade do agravo de instrumento, serão impugnadas, se a parte prejudicada entender pertinente, imediatamente e, caso não o faça, a preclusão lógica se consuma e serão questões definidas no processo. De modo inverso, as decisões interlocutórias não passíveis de interposição de agravo de instrumento somente poderão ser impugnadas após a prolação da sentença, de modo inserto na apelação, especificando como o momento correto para manifestar requerimento de análise em sede recursal de qualquer incidente decidido durante o processo, sobre o qual não há previsão de recorribilidade imediata.

O resultado prático: de decisão interlocutória não agravável de instrumento, cabe apelação. Evidente que não será imediatamente, porém cabe apelação. A decisão interlocutória será recorrível, mas, por escolha do legislador, somente em momento posterior, diferido para após a prolação da sentença. Cunha e Didier Jr. (2015, p. 231/232) firmam que “Não se deve estranhar: como visto em item precedente, no sistema do Código de Processo Civil de 2015, a apelação é um recurso que também serve à impugnação de decisões interlocutórias – aquelas não impugnáveis por agravo de instrumento”.

No campo da preclusão, as decisões interlocutórias sobre as quais o agravo de instrumento será o remédio imediato, opera-se esse fenômeno, caso não haja o intento recursal neste momento. Já na recorribilidade posterior, quando é postergada ao mesmo momento da apelação, a preclusão não deve aparecer de imediato, ficando, de igual modo, transferida para o momento ulterior, sem necessidade de impugnação imediata, postergando para o momento da apelação.

O CPC/2015 contém relevante modificação relativamente ao sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias que culmina por afetar a amplitude do recurso de apelação, alargando-a. Com efeito, ao contrário do que sucede no CPC/1973, as decisões interlocutórias não serão, em regra, passíveis de recurso de agravo (no CPC/2015, agravo de instrumento): serão objeto de impugnação ou no bojo da apelação, em capítulo preliminar próprio, ou nas contrarrazões. O CPC/2015, portanto, torna absolutamente excepcionais as hipóteses de interposição de recurso em separado (agravo de instrumento) em face de decisões interlocutórias (WAMBIER et al., 2015, p. 1439/1440).

Com o fim do agravo retido, a impugnação das decisões interlocutórias, que não são agraváveis por via instrumental, acontecerá pela arguição na preliminar da apelação, devolvendo a matéria para o Tribunal. Desse modo, não há uma limitação, nesse recurso, de quantidade de interlocutórias a serem impugnadas, dependendo somente da sucumbência e do interesse do apelante em arguir a revisão dessas decisões interlocutórias.

Toda essa novel situação sobre a recorribilidade das interlocutórias existe pela escolha pela taxatividade das hipóteses do agravo de instrumento, a possibilidade de impugnabilidade das decisões interlocutórias foi restrita a somente poucas hipóteses imediatas, deixando em aberto, por outro lado,

todas as outras espécies de momentos interlocutórios decisórios, sobre os quais não cabe um recurso para aquele momento, sendo específico em esperar a apelação. Uma inovação no processo que, em tese, pode trazer benefícios sobre a retirada do agravo retido, por sua própria inutilidade, entretanto retirou-se de diversas decisões importantes e urgentes a possibilidade recursal imediata do agravo de instrumento.

Quando a impugnação das decisões agraváveis for pela parte vencida, a alegação deve ser na peça do recurso de apelação, de forma preliminar, caso seja recorrente. Essa apelação tem dupla função, mesmo que seja somente uma peça, de modo a uma parte servir para impugnar uma decisão interlocutória, outra parte para impugnar a sentença. De fato, Hill (2015, p. 367) dispõe que “o recurso de apelação foi objeto de algumas modificações relevantes. Primeiramente, as decisões interlocutórias passam a ser desafiadas, em regra, mediante preliminar de apelação ou suas contrarrazões (art. 1.009 § 1º)”.

Existe, de maneira excepcional, a hipótese de o vencido interpor a apelação somente para falar sobre a decisão interlocutória, sem mencionar a sentença. É uma possibilidade um tanto arriscada processualmente, se a apelação for provida, conseqüentemente, há impacto na sentença, com possível anulação e retorno do processo àquele momento da decisão. De outro modo, com o improvimento, sem impugnação sobre a sentença, o Tribunal não obteve a devolutividade sobre esta, não podendo julgar nada sobre ato sentencial, devido à apelação não alcançá-la.

1.1.2.1 O requisito da impugnação das decisões interlocutórias não agraváveis: formalidade ou subjetividade?

O art. 1.009, § 1º, em sua transcrição, menciona a necessidade de tal impugnabilidade das interlocutórias na apelação sere “*suscitada em preliminar de apelação*”, ou seja, no início da petição recursal, deixando de modo específico de que recorre da decisão interlocutória, primeiramente e, somente após, adentra-se nos argumentos impugnativos da sentença.

De certa maneira, o dispositivo regulamenta uma divisão temporal sobre a recorribilidade dessas interlocutórias não agraváveis, uma vez que devem, em regra, ser analisadas de modo antecedente à impugnação da sentença, o que torna pertinente a impugnabilidade vir, em termos organizacionais, de mesma maneira.

Entretanto, há de se imaginar que, apesar de a lei prever tal situação, não se pode imaginar como um requisito formal de admissibilidade dessa apelação, uma vez que o próprio princí-

pio da primazia ao julgamento de mérito já tem serventia para superar o excesso de formalidade. Se, na peça recursal, houver uma impugnação visível sobre a decisão interlocutória na fundamentação e, no momento do pedido, houver a menção da impugnabilidade de tal ato decisório, a apelação deve ser considerada alcançando a decisão interlocutória.

Evidentemente que não se deve conhecer a apelação, ou a parte desta sobre a decisão interlocutória, caso não haja pedido específico de impugnação – anulação ou reforma – de tal ato interlocutório, ainda que haja fundamentação sobre tal recorribilidade. O mesmo ocorrerá de maneira inversa, se houver pedido recursal sobre a decisão interlocutória, contudo sem fundamentação de tal ponto, não haverá a possibilidade de conhecimento. Conclui-se, então, que há a necessidade de pedido e fundamentação e, na ausência de qualquer desses sobre a impugnabilidade da decisão interlocutória, o recurso – ou somente parte deste – deve ser não conhecido.

Nas contrarrazões que versam sobre as decisões interlocutórias, como veremos a seguir, não há nenhuma especificação sobre ser de modo preliminar ou não, contudo há de seguir a mesma regra, com a necessidade de fundamentação e do pedido para tanto. Pela cooperação, é importante que o recorrido, ao apresentar as contrarrazões, se estas tiverem pedido recursal, indicar desde logo, na petição de endereço, essa intenção. Obviamente que a ausência de indicação não pode transformar-se em um não conhecimento, mas é uma atitude de boa-fé e cooperação.

1.1.2.2 O caráter de recurso das contrarrazões do vencedor

Essa hipótese acontece quando arguida a impugnação da decisão interlocutória não passível de agravo de instrumento, não pela parte vencida na apelação, como vimos no subcapítulo anterior, mas pela parte vencedora, quando for realizar a resposta ao recurso interposto pelo vencido, ou seja, não o fará na apelação, e sim nas contrarrazões. Essa recorribilidade do vencedor da sentença será de modo diverso do que seria na apelação, o que deixa clara a necessidade de diferenciar quanto à alegação realizada em preliminar de apelação, uma vez que o vencedor não apelará. Justamente por não ter, em regra, interesse de recorrer. Sem sucumbência, sem interesse recursal.

O primeiro ponto necessário a entender como novidade: *contrarrazões* sobre decisão interlocutória não agravável são uma *espécie recursal*, ainda que não presentes como tal no art. 994. São um recurso, uma apelação do vencedor.

Será, portanto, um *recurso apresentado nas contrarrazões à apelação, sem pagamento de custas, preparo, etc.*, e cujo interesse recursal pode permanecer mesmo em caso de desistência do apelante. Aliás, neste aspecto, não pode ser confundido com o recurso adesivo onde, em relação ao capítulo principal, houve sucumbência recíproca. Em termos comparativos, as contrarrazões impugnando interlocutória anteriormente irrecurável, guarda semelhança, inclusive no que respeita ao não impedimento de julgamento, ao caso de desistência da ação, estando pendente de apreciação o pedido contraposto formulado pelo réu. É possível concluir, portanto, que se trata de um *pedido contraposto recursal nas contrarrazões à apelação do vencido* (ARAUJO, 2016).

Mesmo sem um interesse recursal imediato, uma vez que a sentença lhe foi procedente, não há óbice para o vencedor, também recorrido, impugnar a decisão interlocutória que anteriormente lhe causou prejuízo. Contudo, o momento correto dessa impugnação está na apresentação das contrarrazões, contendo uma parte com formalidade recursal, por mais que a peça seja para que o recorrido responda à apelação. Desse modo, a existência de impugnação de decisão interlocutória lhe concede uma natureza diversa de umas simples contrarrazões.

Diferentemente da alegação do agravo retido em contrarrazões, como era no CPC/73, essa impugnação tem viés recursal, não somente a confirmação de um recurso preexistente. As características recursais devem ser seguidas para o conhecimento do pedido recursal inserto nas contrarrazões, com voluntariedade, impugnação, dialeticidade, entre outras.

A peça das contrarrazões tem um caráter duplo, com a manifestação sobre a apelação do vencido em uma parte – caráter defensivo – e, em outra, a voluntariedade e a impugnação sobre a decisão interlocutória – caráter ofensivo/recursal. Uma parte como contra-argumentação à apelação interposta, já a outra parte com a fundamentação de impugnação sobre a decisão interlocutória.

1.1.2.3 Características das contrarrazões como apelação do vencedor

Essa apelação, realizada de modo interno nas contrarrazões, tem o caráter de recurso subordinado, com subserviência à admissibilidade da apelação interposta pela outra parte. Se a apelação do vencido for não conhecida, com a falta de algum requisito de admissibilidade, ou simplesmente houver a desis-

tência, “a apelação do vencedor perde o sentido: por ter sido vencedor, o interesse recursal somente subsiste se a apelação do vencido for para frente” (CUNHA; DIDIER JR, 2015, p. 231/232).

Nessa subordinação, a apelação do vencedor, interna nas contrarrazões, parece com o recurso adesivo, mas com diferenças pertinentes², entre as quais, a mais importante é a presença de sua forma condicionada. O que seria essa condição? Não há, na apelação do vencedor, interesse recursal. O vencedor não detém esse interesse, justamente por ter logrado êxito em seu intento na demanda, no entanto, com a possibilidade de provimento do recurso do vencido, pode nascer o interesse recursal. Logo, a apelação pelo vencedor nas contrarrazões é uma precaução, somente com a necessidade de julgamento se o recurso do vencido for provido; de modo inverso, caso a apelação principal não for provida, não há necessidade de julgamento pelo colegiado das contrarrazões – em sua parte de viés recursal, por falta de interesse.

Desse modo, qual a condição para julgar a apelação do vencedor, constante nas contrarrazões? O provimento da apelação do vencido. É uma condição, somente nesta hipótese, há o julgamento daquele recurso interposto.

Apesar de a forma expressa do momento da impugnação ser nas contrarrazões, se o vencedor também interpuser um recurso adesivo – seja por ter outros pontos da sentença atacáveis ou simplesmente por utilizar esse meio ao invés das contrarrazões –, não há óbice algum que promova a impugnação da decisão interlocutória, uma vez que a primazia ao julgamento de mérito e a fungibilidade proporcionariam o aceite dessa maneira impugnativa, ainda que equivocada.

Outra possibilidade, contudo com um certo risco, seria a hipótese de o vencedor interpor a apelação autônoma sobre uma decisão interlocutória, situação ventilada por Cunha e Didier Jr. Nesse caso, a apelação autônoma do vencedor não tem interes-

² Comentário do autor: o recurso adesivo tem outras três características diversas que não deixam acontecer a confusão com a apelação do vencedor. Primeiramente, a apelação do vencedor somente é possível nesta forma recursal, enquanto o adesivo é cabível em outros recursos. Outro ponto é a impugnação: no recurso adesivo nasce de uma sucumbência recíproca com ambas as partes atacando a sentença; na apelação do vencedor, não há sucumbência recíproca e as partes impugnam decisões diferentes, uma a sentença, outra uma decisão interlocutória. No recurso adesivo, independe do provimento do recurso principal para o seu julgamento, na apelação do vencedor, prescinde do provimento do recurso do vencido. O ponto de convergência entre ambos é a subordinação.

se recursal sozinha, necessitando de a outra parte também impugnar a sentença, ou seja, interpor a sua própria apelação e, ainda, que contenha a sua admissibilidade positiva, proporcionando, em consequência, que a apelação do vencedor também fosse aceita.

Ocorre, porém, que esse recurso do vencedor é, como já se viu, subordinado e dependente. É preciso que haja a apelação da parte vencida. Se o vencedor antecipar-se e já recorrer contra alguma interlocutória não agravável, e não sobrevier a apelação da parte vencida, faltarão interesse recursal ao vencedor, devendo ser inadmitido o seu recurso (CUNHA; DIDIER JR, 2015, p. 231/232).

De certo modo, tal atitude do vencedor seria um grande risco, uma vez que, se o vencido nada fizer, a sua apelação não será conhecida.

Entretanto, há uma exceção sobre subordinação/condição das contrarrazões que impugnam uma decisão interlocutória, ocasião em que, independentemente de a sentença ser impugnada ou não pela outra parte, terão interesse recursal.

Há, por fim, a hipótese de apelação autônoma, cabível sempre que não exista relação de prejudicialidade entre a sentença e a decisão interlocutória. Nesses casos, poderá o vencedor na sentença apelar exclusivamente da decisão interlocutória desfavorável, sem qualquer laço de subordinação com o recurso do vencido (LIBARDONI, 2015, p. 245).

Se o recurso interposto – apelação, contrarrazões ou recurso adesivo – for para impugnar decisão interlocutória que não guarda influência com a sentença, de matéria autônoma ou diversa desta, como, por exemplo, a decisão que estipula a multa atentatória à justiça, não há motivos para esta via recursal, seja qualquer de suas modalidades, ser subordinada, tampouco condicionada, por não influenciar ou impactar a sentença, com a necessidade de, sob qualquer hipótese, ser julgada.

1.1.2.4 O contraditório e a ordem de julgamento

Independente da forma escolhida pelo vencedor, com a apelação, ainda que interna nas contrarrazões, o vencido, que já apelou, é intimado a se manifestar quanto a essa forma recursal, pelo fato que não houve manifestação sobre esse momento decisório interlocutório pelo recorrente vencido, devendo, por consequência, cumprir-se o contraditório.

A sistemática de julgamento da apelação do vencedor funciona de maneira diversa quando a impugnação da decisão interlocutória for pelo vencido. Explicando:

Se a **apelação impugnativa da decisão interlocutória for pelo vencido** junto com impugnação sobre a sentença, o colegiado deve julgar primeiramente a decisão interlocutória e o recurso que a impugna, para posteriormente, em caso de improvimento deste, julgar o recurso que ataca a sentença. Se a **apelação impugnativa da decisão interlocutória for pelo vencedor**, ainda que interna nas contrarrazões, primeiro se julga a apelação que impugna a sentença, somente após, se houver provimento deste recurso, se julga a apelação que impugna a decisão interlocutória.

O motivo de ordem de julgamentos diferentes é a condição. A apelação do vencedor somente serve como uma condição futura, no momento da interposição das contrarrazões, não há o interesse de recorrer da sentença, tampouco da decisão interlocutória, pelo fato de que o seu resultado anularia a sentença que lhe é favorável. Desse modo, com o provimento da apelação da outra parte, a partir deste momento, a impugnação que fez sobre a decisão interlocutória alcança interesse recursal, merecendo o seu julgamento.

Outra hipótese é aquela em que o vencedor argumenta em contrarrazões o seu pedido recursal e o Tribunal não julga a apelação principal, aquela do vencido, ou julga improvida, o que importaria em fato de falta de interesse recursal das contrarrazões, não persistindo motivos para o julgamento, justamente pelo colegiado ter mantido a sentença.

Por outro lado, na hipótese que levantamos sobre a exceção – sem subordinação ou condicionamento – a ordem independe, não necessitando ser antes ou após o julgamento de qualquer decisão, inclusive da sentença. Todavia, o natural será ser antes do julgamento das outras decisões, sejam as interlocutórias que impactam a sentença, bem como da própria sentença impugnada.

1.1.3 A impugnação da tutela provisória na apelação

Toda e qualquer decisão ou liminar deferida ou até indeferida como tutela provisória deve ser revisitada, seja para a sua devida confirmação ou revogação (sejam estas totais ou parciais) na sentença, sendo, consequencialmente, matéria essencial de impugnação na apelação. Se a decisão de tutela provisória

deve ser rediscutida na sentença, logicamente, a matéria será passível de impugnabilidade via apelação.

Esse ponto é importante para retirar a confusão de que toda decisão que versa sobre tutela provisória seria uma decisão interlocutória, cabendo, logo, o agravo de instrumento. Se a decisão é provisória, em regra, será revisitada na sentença, tornando-se matéria de apelação, ainda que posteriormente.

Existe, ainda, a possibilidade, na sentença, de se deferir a tutela provisória – urgência ou evidência – naqueles pedidos que necessitam de cumprimento imediato ou em hipóteses permissivas legalmente. Qualquer uma dessas possibilidades, por ser inclusa como parte do pedido da demanda – seja na forma antecedente ou incidental – e sua resposta na sentença ser matéria de mérito da ação, tem como recurso cabível a apelação, devendo por esta via ser impugnada, ainda que tenha caráter de tutela provisória.

Independentemente do resultado dado na sentença – concessão, revogação ou modificação – da tutela provisória, no tocante a esse capítulo da própria sentença, a sua validade é imediata, o que foi decidido nessa decisão já detém efeito imediato, gerando obrigações e direitos com eficácia executiva. Desse modo, sobre a matéria decidida em tutela provisória, não se opera o efeito suspensivo, mesmo sendo inserta em uma sentença, sendo uma das suas poucas hipóteses de ausência desse efeito automático, conforme a dicção do art. 1.012 § 1º, V, possibilitando, portanto, a execução imediata daquele comando judicial, obviamente, nos limites materiais dados pelo juízo naquele capítulo da sentença. Se a tutela provisória concedida na sentença envolver todo o seu conteúdo, será um ato sentencial sem o efeito suspensivo, uma saída para permitir-se a recorribilidade, mas possibilitar o cumprimento imediato daquela decisão. E, ainda, independe se for concedida a tutela de urgência ou de evidência, em ambas, a regra será a mesma.

Caso o resultado, na sentença, seja pela negativa ou revogação da tutela provisória, o capítulo da sentença que versa sobre isso não impactará no processo, sendo que será devolvida a matéria para o tribunal julgar via apelação, ainda que sem o efeito suspensivo. Como a sentença teve como resultado a revogação ou a negativa de uma tutela provisória, o que ali se pleiteou não será, caso seja interposta apelação, alcançado pelo efeito suspensivo. Em regra, a negativa ou revogação importaria em uma ineficácia da decisão, caso procedente no geral, mas negada ou revogada a tutela, importando em uma suspensão do conteúdo e, durante um tempo, em uma ineficácia.

Por outro lado, haverá hipóteses em que essa revogação ou negativa da tutela provisória na sentença abre possibilidade de

cobranças ou obrigações de fazer/não fazer, justamente por não ter alcançado a tutela provisória que sustaria ou impediria tais cobranças ou obrigações, contudo, de igual maneira, se houver apelação, esta não será recebida com efeito suspensivo.

O réu, aquele que sofre e será impactado pelo deferimento da tutela provisória, deve, desde já, cumprir o que foi disposto na sentença, se nesta houver a concessão, ou permanecer cumprindo, se a concessão foi, anteriormente, no transcorrer da demanda. A eficácia da tutela provisória é imediata, importando em um impacto processual sobre a matéria da tutela provisória.

O caminho recursal para impugnar a parte da sentença sobre a tutela provisória, nessa hipótese, é a apelação. No entanto, como combater a eficácia imediata da tutela provisória? Se o recurso é a apelação, como proceder para suspender a tutela provisória? No caso, o réu apelante, mesmo sendo uma exceção ao efeito suspensivo da apelação, pode requerer, perante o Tribunal, a concessão deste almejado efeito para sua apelação, para evitar o cumprimento imediato do conteúdo da sentença.

Como a remessa da apelação para o Tribunal demora um certo tempo, o réu – ou apelante – pode, desde já, requerer o efeito suspensivo à sua apelação, em petição avulsa, direcionada ao Tribunal competente, expondo os motivos que entende serem necessários para a concessão do efeito suspensivo daquela sentença, inclusive diante da tutela provisória deferida ou mantida, deixando o relator para este pedido, realizado em petição avulsa, prevento para receber a apelação. Caso a apelação já tenha sido distribuída perante o Tribunal, o pedido em petição avulsa será direcionado ao relator definido na distribuição para a apelação.

Como o § 3º do art. 1.012 especifica “por requerimento dirigido”, entende-se que não deve ser inserido na apelação o pedido de efeito suspensivo, devendo ser sempre em requerimento à parte. O motivo é pela própria eficiência, o relator somente terá ciência do conteúdo da apelação quando for realizar a análise para julgamento, fato que ocorrerá com um lapso temporal maior do que a necessidade do recorrente, importando em uma ineficácia de pleitear-se na apelação, contudo não há vício se assim proceder.

1.1.4 Possibilidade de suscitar questões de fato não realizadas no juízo anterior

Suscitar questão de fato não realizada no juízo de primeiro grau é exceção. A fase para alegar e comprovar fatos está no

processo de conhecimento, durante a instrução probatória, antes da sentença. Fato não alegado durante a instrução processual, anterior à prolação da sentença, tende a precluir em sua alegação, não podendo, em regra, fazer parte como matéria do recurso essa alegação fática nova.

Entretanto, há a exceção imposta no art. 1.014, quando a parte comprovar em seu apelo que não suscitou anteriormente as questões fáticas, propostas agora perante o Tribunal, por motivo de impedimento por força maior. Logo, é importante requisito a comprovação da existência da força maior para possibilitar tal suscitação fática. Sem isso, a preclusão operou-se e o fato não suscitado anteriormente não interferirá no julgamento do recurso.

Se há alegação de força maior, a parte que suscita tem total ônus de comprovação desta. Para a verificação do requisito da força maior, há de se aceitar alguns pontos: primeira hipótese recai na possibilidade de que o fato seja realmente novo, realizado após a sentença, guardando relação com o processo, propiciando influência sobre os fatos anteriores; outro ponto está na possibilidade de também poder ser um fato novo somente no processo, mas a sua existência ser anterior à sentença, ou até mesmo antes do processo como um todo.

Em qualquer dessas hipóteses de fato novo, há de se trazer a sua devida comprovação, “fatos novos não se confundem com fatos supervenientes, de forma que os fatos serão novos porque ainda não foram levados à apreciação do Poder Judiciário naquele processo, ainda que tenham ocorrido – como em regra acontece – antes da prolação da sentença” (NEVES, 2016, p. 2116/2117).

A primeira hipótese – fato posterior à sentença – já nasce revestida de força maior, pelo fato ser superveniente, demonstrando por si só a impossibilidade de suscitação anterior, devendo, portanto, realizar a comprovação da formação do fato em data posterior à sentença. Contudo, esse fato realmente posterior somente seria possível em obrigações continuadas, com a previsão de um impacto posterior, em hipóteses totalmente excepcionais. No outro caso, o fato é novo ao processo, no entanto antigo quanto à sua existência, contendo o recorrente o ônus de comprovar a impossibilidade da apresentação do fato novo anteriormente, justamente por motivos de força maior e, por essa razão específica, não ter trazido aos autos.

Deve reconhecer-se a ocorrência de tal motivo, em primeiro lugar, quando o fato que se traz à apreciação do tribunal ainda não se verificara até o último momento

em que a parte poderia tê-lo eficazmente arguido no primeiro grau de jurisdição. Assim, também quando o fato já se dera, antes ou depois da ins-tauração do processo, mas a parte ainda não tinha ciência dele; ou quando, apesar de conhecê-lo, estava impossibilitada, por circunstância alheia à sua vontade, de comunicá-lo ao advogado, para que este o levasse à consideração do juiz; ou, enfim, quando ao próprio advogado fora impossível a arguição oportuno tempore (MOREIRA, 2011, p. 457).

O fato alegado como novo na fase recursal não pode inaugurar um novo pedido, pelo motivo de ser impossível inovar quanto ao pedido da ação e seus reflexos, somente admitindo fato que tenha relação com os pedidos já realizados na demanda. A forma de suscitar o fato pode ser tanto na apelação realizada quanto em petição avulsa encaminhada ao relator, dependendo da força maior e sua justificativa.

2 Forma de interposição

O recurso de apelação deve ser interposto no prazo de 15 dias, agora com a contagem em dias úteis e da ciência da sentença, com ressalva dos privilégios da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Fazenda Pública – estes através de sua procuradoria –, que têm prazo em dobro para recorrer, de modo igual ao litisconsórcio, “como a pluralidade de sujeitos em um ou nos dois polos da relação jurídica processual que se reúnem para litigar em conjunto” (NEVES, 2016, p. 370), desde que tenham advogados de escritórios diferentes para cada um dos litisconsortes, a menos que o processo seja eletrônico, o que retira essa necessidade.

Em cumprimento ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o apelado será intimado para manifestar-se sobre o recurso de apelação, apresentando as contrarrazões às alegações do recorrente, no mesmo prazo de 15 dias, também contados em dias úteis. A não apresentação das contrarrazões não gera efeitos processuais de presunção, como na revelia, não proporcionando, portanto, um prejuízo processual automático, somente a parte não impugna os fundamentos do recurso, ocasionando em possibilidade um prejuízo de argumentação, não de forma processual em si.

A petição deve ser realizada na forma escrita, seja no modo físico ou eletrônico, dependendo do Tribunal local, interposta perante o mesmo juízo recorrido de primeiro grau, aquele que proferiu a sentença sobre a qual a apelação apresenta impugnação. Esse

recurso deve conter todos os requisitos de admissibilidade para que seja conhecido, inclusive com o devido preparo recursal em anexo, o pagamento das custas processuais dessa fase, variando o valor para cada Tribunal, de acordo com o seu próprio regimento.

Nas razões de apelação, o recorrente pode alegar tanto os argumentos de *erro in iudicando*, impugnando vícios presentes no julgamento e seu conteúdo, bem como aqueles de *erro in procedendo*, indicando vícios na condução do processo ou no descumprimento da formalidade da sentença. Na primeira hipótese, o pedido deve ser pela reforma da decisão, pelo fato de não concordar com os fundamentos fáticos ou jurídicos da decisão, porém, na segunda hipótese, o pedido deve ser para a anulação da sentença, pelo motivo do andamento processual ou sua formalidade ser ultrapassada, ou seja, houve uma tergiversação do direito processual, inclinando a um vício na sentença.

Há, no entanto, a possibilidade da argumentação conjunta do *erro in procedendo* e *erro in iudicando*, no mesmo recurso de apelação, contudo há de se observar que será antecedente o julgamento dos argumentos processuais, para, posteriormente, se houver ainda necessidade, julgar-se os argumentos meritórios do *erro in iudicando*.

3 O efeito suspensivo automático da apelação

A apelação é o recurso com maior devolutividade no processo civil brasileiro, devolvendo para a apreciação do Tribunal não somente a matéria impugnada mas também as matérias de ordem pública e as questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo que não decididas na sentença. A decisão prolatada no juízo singular de primeiro grau, com a interposição da apelação, encontra-se impugnada, devolvendo a matéria para um novo julgamento, reexaminando questões de fato ou questões de direito e, com isso, não tendo uma eficácia imediata, pela existência do efeito suspensivo, conforme determinação legal para tanto. O efeito suspensivo, portanto, é “aquele destinado a provocar a suspensão da imediata executividade da decisão impugnada, de modo a só lhe dar cumprimento após o julgamento do recurso” (NERY JR, 2004, p. 39).

A apelação, no CPC/83, já era o único recurso com efeito suspensivo automático, com base no antigo art. 520. Com a interposição do recurso, automaticamente, a sentença, mesmo com validade, não tem eficácia alguma, até o julgamento do recurso pela instância superior, neste caso, pelo tribunal de segundo grau. Sem eficácia imediata, a sentença restava suspensa,

pelo fato de impugnada pelo recurso, impedindo, também, a sua execução ou o próprio cumprimento do conteúdo constante na sentença, que só terá plena eficácia quando for realizado o julgamento do recurso, levando em consideração o teor do que se decidir no acórdão do segundo grau.

No CPC/2015, o efeito suspensivo automático prevaleceu³ e foi mantido. O art. 1.012 é categórico ao dizer "*a apelação terá efeito suspensivo*", de modo claro e simples, sem maiores rodeios. Continua com a forma da legislação anterior, persistindo, com a interposição da apelação, a manutenção da falta de eficácia imediata da sentença, em regra.

O novo Código de Processo Civil não foi capaz de corrigir a principal disfunção do Código de 1973, quando, é preciso lembrar, essa foi a principal razão eleita para desculpar a sua criação. Recorde-se que todos viam como grave e imperdoável contradição, diante do instituto da tutela antecipada surgido em 1994, a falta de executividade imediata da sentença na pendência da apelação. Ocorre que o legislador, pressionado por setores ignorantes e reacionários, manteve a sentença na mesma condição de inefetividade em que estava no Código de 1973 (MARINONI, 2016).

No CPC/73, o juízo de primeiro grau era o responsável pela admissibilidade do recurso de apelação, ao menos perfunctoriamente, momento no qual realizava também a concessão, ou não, do efeito suspensivo. Agora, diante da nova sistemática de admissibilidade, não há mais a incumbência do juízo recorrido em realizar tal análise processual, o que importa em uma determinada pergunta: quando será concedido o efeito suspensivo? Não há, no CPC/2015, um momento para a concessão do efeito suspensivo na apelação, entendendo-se, portanto, um real efeito de concessão automático, uma vez interposta a apelação, automaticamente, há de se pensar a incidência de tal efeito, sem a necessidade de manifestação judicial. Desse modo, uma vez interposta a apelação, esta influencia no processo ao prolongar a ineficácia dos efeitos da sentença, não necessitando para tanto uma manifestação judicial sobre a questão.

Só havia na legislação anterior o efeito suspensivo quando o recurso era recebido pelo juízo recorrido em sua admissibilidade

³ Comentário do autor: a retirada do efeito suspensivo estava no projeto apresentado no Senado Federal para o novo código de processo civil, o que foi retirado por emenda na Câmara Federal, mudando todo um trabalho de construção recursal da apelação para uma nova forma. Uma pena.

preliminar, concedendo, no mesmo ato decisório, o efeito suspensivo ou não. Recurso sem a admissibilidade positiva não tinha, na legislação anterior, efeito suspensivo.⁴ No entanto, agora, sem existência de decisão *a quo* sobre admissibilidade, não há a necessidade de que as partes esperem por uma decisão judicial para a concessão do efeito suspensivo, a própria interposição da apelação gera automaticamente a suspensão da sentença e seu conteúdo. Desse modo, uma vez interposta a apelação, suspensa estará a sentença.

Mesmo uma apelação interposta de forma equivocada, com a ausência de um dos requisitos de admissibilidade, conterà o efeito suspensivo, uma vez que essa análise formal somente será realizada no juízo *ad quem*, o que demanda um certo lapso de tempo. Desde a interposição do recurso até o momento da análise pelo relator ou colegiado sobre a admissibilidade, mesmo que culmine numa decisão negativa, durante esse período de tempo, o recurso conterà efeito suspensivo, sem a possibilidade de execução da sentença.

3.1 A impossibilidade de o efeito suspensivo alcançar as decisões interlocutórias impugnadas na apelação

O art. 1.012, como já vimos, trata sobre a automaticidade do efeito suspensivo na apelação. Ou seja, com a interposição do recurso, os efeitos da sentença estarão totalmente suspensos, sem qualquer eficácia e, conseqüentemente, sem poder realizar o cumprimento da sentença. No entanto, uma dúvida surge no enquadramento desse dispositivo legal com a nova conceituação da apelação, justamente pelo fato de que essa espécie recursal não se prende mais somente à sentença, impugnando, em igual momento e possibilidade, as decisões interlocutórias não agraváveis.

A dúvida surge: o efeito automático da apelação, existente pelo art. 1.012, alcança a suspensão das decisões interlocutórias impugnadas no recurso? Esse ponto é omissivo no ordenamento, com um tratamento simplório pelo dispositivo, como se a apelação fosse somente sobre a sentença, uma vez que o intuito da suspensão recai somente sobre o conteúdo do ato sentencial.

Desse modo, para que o art. 1.012 tenha total eficiência em seu intuito legislativo e não comprometa a própria conceituação

⁴ Comentário do autor: ou, no máximo, este recurso que restava inadmissível, detinha o efeito suspensivo do ato de interposição até a decisão sobre a admissibilidade, sem, nesse período, ter eficácia.

da apelação, não há como se entender que o efeito suspensivo alcance as decisões interlocutórias impugnadas no bojo da apelação. Com isso, há de se entender que o dispositivo somente guarda relação com a sentença, sem suspender as decisões interlocutórias, como constitui o Enunciado nº 559 do FPPC: “O efeito suspensivo *ope legis* do recurso de apelação não obsta a eficácia das decisões interlocutórias nele impugnadas”.

Não há sentido em deixar todas as decisões interlocutórias, cuja eficácia é imediata, durante todo o processo, por causa da interposição da apelação, passarem a não conter mais eficácia, com a suspensão de todos os atos, a insegurança jurídica seria tamanha e não haveria sentido para tal consideração, levando à necessidade de entender que o efeito suspensivo *ope legis* da apelação não alcance as decisões interlocutórias não agraváveis ali impugnadas.

Evidentemente que as decisões interlocutórias não agraváveis que não foram alvo de impugnação na apelação não são alcançadas, de igual maneira, pela apelação, por própria impossibilidade de alcance material, por falta de devolutividade.

3.2 Das exceções ao efeito suspensivo da apelação

No CPC/2015, da mesma maneira que se optou por manter o efeito suspensivo automático com a interposição da apelação, optou-se, também, pela manutenção de hipóteses de excepcionalidades para tal efeito, situações em que, mesmo interposto o recurso, as sentenças não conterão o efeito suspensivo automático. Ou seja, mesmo com a impugnação da sentença com a interposição do recurso de apelação, na dicção do art. 1.012, § 1º e seus incisos, não serão suspensas as seguintes espécies de sentenças: aquela que homologa divisão ou demarcação de terras; a que condena a pagar alimentos; aquela que extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado; a que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem; aquela que confirma, concede ou revoga tutela provisória; ou aquela que decreta a interdição.

Todas são hipóteses que trazem em seu conteúdo determinada urgência e necessidade de cumprimento imediato da sentença, sob fundamento de, assim não o sendo, a própria decisão perder muito de seus motivos de existência. Por exemplo, uma sentença que versa sobre a condenação em alimentos tem uma urgência em sua própria existência, em sua própria aplicabilidade. Se há a condenação, há a necessidade de alimentar diariamente, sem a possibilidade de imaginar-se a sentença ser suspensa durante a recorribilidade.

Evidente que a excepcionalidade ao efeito suspensivo não impede a interposição da apelação pelo réu, o que é totalmente lícito, mesmo na ação de alimentos, por quaisquer motivos, mas este ato recursal não pode suspender a decisão, impondo ao recorrido uma possível ineficácia da sentença, impossibilitando aquele autor que necessita de alimentos, enquanto o recurso não fosse julgado, demonstrando que a opção pela excepcionalidade é salutar e necessária. Obviamente, nessa hipótese, há evidente urgência na viabilidade do cumprimento imediato da sentença, impossibilitando que sejam amparadas as apelações dessas espécies de processos pela suspensão automática. Em todas as outras hipóteses excepcionais acima citadas e presentes no art. 1.012, § 1º e seus incisos, a urgência está presente em cada um dos méritos, tornando-os excepcionais e, desse modo, impondo a necessidade da não aplicabilidade do efeito suspensivo automático.

Não há um momento processual específico para a concessão do efeito suspensivo, que era no antigo juízo de admissibilidade pelo juízo *a quo*, agora inexistente no CPC/2015, importando, então, que a apelação interposta, em regra, tem efeito suspensivo e, logo, os casos dispostos como excepcionais serão automaticamente enquadrados como sem efeito suspensivo, sem necessidade de manifestação judicial para tanto. Se a regra tem a automaticidade do efeito suspensivo, como consequência da própria interposição da apelação, em modo inverso, quando houver enquadramento em hipótese excepcional, não há necessidade de decisão para dispor que a decisão não será suspensa em sua eficácia.

Não há mais a questão da concessão ou não do efeito suspensivo, a disposição legal é objetiva, passando a ser sobre o devido enquadramento, utilizando as hipóteses descritas no art. 1.012, § 1º e seus incisos, não contendo dúvidas sobre o assunto, somente enquadrando a sentença e seu conteúdo naquelas matérias discriminadas nas hipóteses excepcionais e, em caso positivo, com a presença material enquadrável, não há o efeito suspensivo, com a sentença podendo, desde logo, ser cumprida.

Se uma sentença tiver multiplicidade de pedidos, alguns sem as hipóteses excepcionais, porém outros com o enquadramento em algumas dessas matérias, caso interposta a apelação, os pedidos, em regra, serão revestidos do efeito suspensivo, somente o capítulo de enquadramento no art. 1.012, § 1º, em qualquer de seus incisos, que pode ser já executada provisoriamente, por ser ausente o efeito suspensivo especificamente para esse pedido.

3.3 A possibilidade de pedido avulso de efeito suspensivo nas hipóteses excepcionais

Caso a sentença, materialmente, se moldar – ou algum capítulo – em alguma hipótese excepcional, a apelação – ou parte dela – não tem efeito suspensivo, podendo, desde já, a decisão ser cumprida provisoriamente. No entanto, se a parte recorrente, mesmo diante do enquadramento das hipóteses do art. 1.012, § 1º em qualquer de seus incisos, tiver provas ou argumentos para que se conceda o efeito suspensivo, o recorrente poderá pleiteá-lo.

Mas como realizar esse pedido? O recorrente, para tal desiderato, deve requerer a concessão do efeito suspensivo à sua apelação, em petição avulsa, direcionada ao Tribunal competente, expondo os motivos que argumenta serem necessários para o deferimento de tal efeito. A competência para tal análise será do Tribunal e, especificamente, do relator, não podendo o juízo recorrido versar sobre a questão, ainda que o recorrente peça no bojo recursal. O § 3º do art. 1.012 especifica que “por requerimento dirigido” entende-se que não deve ser inserido na apelação tal pedido, devendo ser, em regra, em requerimento à parte, criando um incidente recursal para o relator decidir quando chegar a seu conhecimento essa situação. Contudo, não há problemas caso o recorrente faça em seu recurso, uma vez que ele será o mais prejudicado, justamente pela demora que tal recurso terá para a devida remessa ao Tribunal.

Caso o recurso já tenha sido distribuído perante o Tribunal, o pedido de efeito suspensivo, em petição avulsa, será endereçado direcionando ao relator definido na distribuição para a apelação, ficando com deslinde mais fácil e célere para a concessão do efeito suspensivo. Por outro lado, caso o recurso ainda esteja para ser remetido ao Tribunal, uma vez que o trâmite da apelação no juízo de primeiro grau pode demorar, se houver demasiada urgência, o recorrente pode, desde a interposição da apelação, protocolar tal requerimento diretamente no Tribunal, antes mesmo do recurso lá chegar.

Com essa disposição, o CPC/2015 resolveu o problema atinente ao limbo que existia entre a interposição do recurso e a sua distribuição ao respectivo relator. Nessa hipótese não haverá mais necessidade de ajuizamento de ação cautelar, como descrito no inc. I, o pedido formulado por simples petição será objeto de distribuição a um relator, que se tornará prevento para julgar a apelação. De outra parte, se já distribuída a apelação, a petição será direcionada diretamente ao relator (JORGE, 2016, p. 415).

Desse modo, o requerimento, anterior à remessa da apelação ao Tribunal, deve ser distribuído para um colegiado e, conseqüentemente, escolhido um relator, o qual restará prevento para receber a apelação, posteriormente, uma vez que já conhecerá a matéria por analisar a petição avulsa de pedido de efeito suspensivo.

Em qualquer das hipóteses, o relator decidirá sobre a concessão ou não do efeito suspensivo para aquela apelação com conteúdo do art. 1.012, § 1º em qualquer de seus incisos. De certa maneira, a concessão de tal efeito é comparável com a análise para conceder a tutela provisória, uma vez que os mesmos requisitos estão precedentes: probabilidade do direito e risco ao resultado útil do processo.

4 A ampliação da teoria da causa madura na apelação

O CPC/73 continha em seu art. 515, § 3º⁵, a possibilidade de o Tribunal afastar questões processuais proferidas em sentença terminativa e, em caso de provimento do recurso na parte terminativa, com a retirada daquele vício meramente processual e, com matéria somente de direito, se o processo estivesse pronto para julgamento, poderia, desse modo, proceder. Não haveria, portanto, a remessa de volta ao juízo *a quo*, decidindo, desde já, o mérito do processo, mesmo que não haja pronunciamento judicial de primeiro grau sobre as questões meritórias.

Com a nova regra, mesmo que a sentença tenha sido terminativa, o efeito devolutivo da apelação permitirá ao tribunal julgar o mérito da causa, desde que satisfeitos dois requisitos: a) se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito; e b) o feito estiver em condições de imediato julgamento (um recurso contra indeferimento da inicial, por exemplo, não pode ser apreciado pelo mérito da causa, porque ainda não se realizou o contraditório; assim, também quando a extinção se deu na fase de saneamento, sem que ainda se pudesse ter o contraditório completo). Não basta, portanto, que a questão de mérito a decidir seja apenas de direito; é necessário que o processo esteja maduro para a solução do mérito da causa (THEODORO JR., 2007, p. 661/662).

⁵ Código de 1973: "Artigo 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. [...] § 3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)"

O intuito de existência dessa possibilidade passa pela necessidade de celeridade processual, de almejar uma duração razoável do processo, princípio primordial para o processo civil. O Tribunal, nessa hipótese, está julgando um recurso de um processo que impugna uma decisão sem mérito, afastando o vício que o juízo *a quo* alegou para encerrar o processo, podendo, desde logo, continuar o julgamento para, numa nova fase, alcançar-se o mérito. Entretanto, há a necessidade de cumprimento de alguns requisitos para tal desiderato: a matéria ser somente de direito e o processo estar pronto para julgamento.

Essa inovação atende ao desiderato de acelerar a outorga da tutela jurisdicional, rompendo com um histórico e prestigioso mito que ao longo dos séculos os processualistas alimentam sem discutir. Não há por que levar tão longe um princípio, como tradicionalmente se levava o do duplo grau nos termos em que ele sempre foi entendido, quando esse verdadeiro culto não for indispensável para preservar as balizas do processo justo e equo, fiel às exigências do devido processo legal (DINAMARCO, 2002, p. 152).

Se os requisitos estiverem presentes naquele processo, com a desobstrução do vício anteriormente existente, desnecessário se faz remeter para o juízo inferior para a prolação de uma outra sentença e, posteriormente, ser cabível novamente um recurso de apelação para rediscutir essa “nova sentença”, agora de mérito. Ao permitir que o órgão fracionário julgue o mérito, nessa hipótese, economiza-se tempo ao processo, ao impedir que haja uma remessa de retorno ao juízo inferior e, ainda, uma possível interposição de recurso para o Tribunal, com tanto tempo para ir e voltar, demoraria o processo, para sua devida resolução, muito mais tempo. Assim, ao julgar a sentença terminativa, ultrapassando essa parte, convém, desde logo, realizar-se o julgamento do mérito.

Manteve, no § 3º, a expressão: se a causa estiver em “condição de imediato julgamento”. Deve-se entender, por essa expressão, a situação de o mérito ter sido discutido pelas partes em primeiro grau de jurisdição – ou, pelo menos, de se ter verificado o contraditório – a ponto de ser possível identificar, com clareza, qual é o quadro fático sobre o qual se funda o pedido. O mesmo não se verifica, contudo, quando não tiver ocorrido o contraditório. (CONCEIÇÃO et al., 2015, p. 1.450).

O motivo por que se autoriza essa excepcionalidade recai na possibilidade de que aquele processo esteja pronto para ser jul-

gado em seu mérito, naquele momento recursal, com o provimento pela mudança da sentença terminativa. Com isso, o processo está maduro para ser julgado e resolvido, com a devida prestação jurisdicional naquele momento, pronto para a decisão da questão meritória, concedendo a doutrina a especificação de teoria da causa madura para essa possibilidade, “na verdade, quando o tribunal aprecia o objeto de uma causa, sem que o *a quo* o tivesse feito, de forma total ou parcial, não está propriamente julgando o recurso, mas sim fazendo o que o juízo inferior faria se os autos lhes fossem devolvidos” (LOPES JR., 2007, p. 36).

Pela possibilidade da teoria da causa madura, abre-se um efeito diferente ao recurso, que não é o devolutivo, pelo fato de este somente devolver a matéria sobre a sentença terminativa, a parte sobre o pedido posterior, da análise do mérito, não contém devolução, e sim julgamento pela primeira vez. Dessa forma, a apelação serviria como um efeito desobstrutivo, com o provimento do recurso para afastar a sentença terminativa, desobstruiu-se o processo para proferir decisão de mérito, desde logo. Cunha e Didier Jr. (2016, p. 194) determinam que “o julgamento do mérito diretamente pelo tribunal não é consequência do efeito devolutivo do recurso, até porque ele ocorre após o julgamento do recurso - é um outro efeito da apelação, já denominado efeito desobstrutivo do recurso”.

Entretanto, será necessário que a apelação contenha o pedido no sentido do julgamento do mérito da ação, para a possibilidade em que o pedido anterior sobre a sentença terminativa seja provido? Essa parte é complexa, justamente pelo dispositivo autorizante especificar como um dever do Tribunal, e não uma faculdade, o que importaria na visualização do colegiado sobre o enquadramento na questão, cumprindo o dever jurisdicional.

Cunha e Didier Jr. entendem que o Tribunal somente assim deve proceder se houver requerimento para tanto, ainda que haja o enquadramento naquela situação. E, ainda, por outro lado, caso haja, nos pedidos recursais, pedido de tal possibilidade, a questão deve ser analisada, imbuindo o colegiado do dever de enfrentar o enquadramento ou não na teoria da causa madura. Na mesma linha, estabelecem:

Assim, para que seja aplicada a regra do § 30 do art. 1.013 do CPC, é preciso que o recorrente, em suas razões recursais, requeira expressamente que o tribunal dê provimento à apelação e, desde logo, aprecie o mérito da demanda. Caso o apelante requeira que, após o provimento do recurso, sejam os autos

devolvidos ao juízo de primeira instância para análise do mérito, não poderá o tribunal, valendo-se do § 30 do art. 1.013 do CPC, adentrar o exame do mérito, sob pena de proferir decisão extra petita. Caso o apelante requeira que o tribunal, provendo seu recurso, já aprecie o mérito, aí sim cabe ao tribunal, obrigatoriamente, proceder a análise do mérito, sob pena de a decisão ser citra petita. Nesse caso, o tribunal apenas deixará de apreciar o mérito, se o processo não estiver em condições de imediato julgamento. Vale dizer que, havendo requerimento expresso do apelante, e preenchidos os demais pressupostos legais, é obrigatório ao tribunal, aplicando o § 30 do art. 1.013 do CPC, já conhecer do mérito da demanda (CUNHA; DIDIER JR., 2016, p. 195).

Por um lado, sem a existência de pedido para julgamento do mérito da ação, o Tribunal, ao adentrar-se em questões não requeridas na peça recursal, proferiria acórdão incongruente com o pedido feito no recurso. No entanto, há um evidente dever do colegiado (OLIVEIRA, 2015, p. 109), uma vez que o art. 1013, § 3º estipula que o Tribunal deve, desde logo, decidir o mérito, de um modo que não concede discricionariedade e, ainda, importa, pela própria previsibilidade legal, cientificando as partes, quando houver tal recurso, com enquadramento em situações específicas da norma processual em questão, que a utilização da teoria da causa madura é efeito subsequente, sem a necessidade de requerimento ou escolha do recorrente, como prerrogativa do próprio colegiado.

Desse modo, quando o colegiado, ao desobstruir o acórdão viciado, reabrindo a matéria para um novel julgamento, mesmo sem requerimento do recorrente, adentra nas questões meritórias da demanda, não profere um acórdão inadequado, mas de acordo com os ditames legais, uma vez que detém total liberdade, pela previsão legal expressa, para já julgar o mérito da demanda ou, se entender pertinente e necessário, remeter ao primeiro grau.

Não há necessidade de requerimento para que se utilize a teoria da causa madura e, ainda, o efeito desobstrutivo. No entanto, se o apelante pleitear o julgamento de mérito, de modo subsequente ao provimento da apelação, o colegiado terá que analisar tal ponto, com total liberdade sobre a escolha de mandar novamente para o primeiro grau ou julgar o mérito, mas sem liberdade se analisa ou não. Há, se houver o pleito, a vinculação sobre a análise, ainda que não seja para prover o recurso sobre tal ponto, sendo possível o Tribunal optar pela remessa ao primeiro grau para completar, processualmente, a demanda.

4.1 As matérias possíveis de utilização da teoria da causa madura

No CPC/2015, o art. 1013, § 3º versa sobre as matérias possíveis de serem devolvidas para um novel julgamento sobre o mérito, quando, positivamente, realizar-se a análise dos vícios processuais. As hipóteses da aplicação da teoria da causa madura estão estipuladas no dispositivo acima exposto, primeiramente replicando a mesma do CPC/73, na sentença terminativa, como explicamos, contudo, inova ao acrescentar outras situações legais para tanto, ampliando o alcance do próprio instituto da causa madura na apelação, concedendo maior probabilidade, adequação e viabilidade do instituto.

As outras hipóteses de aplicação da teoria em questão, além daquela de sentença terminativa, estão no mesmo parágrafo citado do art. 1.013, as quais indicamos a seguir: falta de congruência da sentença com os pedidos da petição inicial; omissão na sentença sobre um dos pedidos realizadas na petição inicial; nulidade da sentença por falta de fundamentação baseada no art. 489, § 1º; e a última, nesse caso baseada no art. 1.013, § 4º, quando uma apelação impugna uma sentença em que se reconheceu a decadência ou a prescrição e consegue-se o efeito desobstrutivo. Em conformidade, Siqueira (2016) disserta sobre assunto:

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

Quando o Tribunal decretar a *nulidade da sentença por ser incongruente com o limite do pedido e a causa de pedir*, caberá

ao colegiado, desde logo, enfrentar o mérito da ação no julgamento dessa apelação. Nessa hipótese, a decisão recorrida, em sua prolação, fugiu dos limites da formalidade do próprio ato da sentença, com uma evidente violação ao princípio da congruência/adstrição do ato judicial decisório, uma vez que os limites impostos no momento do pedido inicial foram ultrapassados na decisão, pelo fato de que o juízo não se satisfez em somente responder os pedidos requeridos na exordial, versando sobre matérias que não constavam na própria lide, seja para ultrapassar o limite ou para inserir ponto decisório estranho.

Em qualquer deles, seja matéria que ultrapasse ou estranha a inicial, o vício está na formalidade da sentença, necessitando, portanto, ser anulada, e, se o processo, por estar vencida a fase de produção de provas, estiver pronto para julgamento do mérito, ao decretar a nulidade da sentença, no julgamento da apelação, o colegiado pode adentrar na análise do mérito da demanda, uma vez que há o cumprimento do requisito de estar apto para tal julgamento, faltando-lhe, após o efeito desobstrutivo, somente a matéria de direito a ser aplicada na análise meritória, podendo valer-se da teoria da causa madura.

Na sentença *ultra petita*, o juiz concede ao autor a tutela jurisdicional pedida, o gênero do bem da vida pretendido, mas extrapola a quantidade indicada pelo autor. A sentença *extra petita* é tradicionalmente considerada como a sentença que concede algo diferente do que foi pedido pelo autor (NEVES, 2016, p. 1.084/1.085).

Quando houver *omissão em um dos pedidos da inicial*, a interposição da apelação permitirá ao Tribunal a possibilidade de apreciá-lo, mesmo quando o juízo de primeiro grau atuou com desídia, deixando uma lacuna processual, ao não responder, em sua sentença, todos os pedidos realizados pelo autor na petição inicial. De certo modo, o Tribunal terá a permissão para analisar pela primeira vez tal matéria, o que impossibilita de imaginar uma devolutividade, pelo fato de que não houve uma impugnação de uma decisão, tampouco uma reanálise, mas o pedido para que se analise pela primeira vez. O efeito desobstrutivo, presente na teoria da causa madura, nessa hipótese não está presente, uma vez que não há um vício para ser desobstruído, mas somente uma omissão a ser sanada com uma ação, ou seja, com o julgamento do pedido.

O autor – ou, por vezes, o réu – pode interpor embargos de declaração para sanar tal vício, contudo não há uma obrigato-

riedade, uma vez que a apelação tem ampla devolutividade material, possibilitando até a impugnação daquilo que não é conteúdo da sentença. Então, o Tribunal pode, desde logo, julgar o mérito desse pedido ausente da sentença, aplicando a teoria da causa madura, pelo motivo de o processo já estar apto para tal julgamento, tanto que os outros pedidos foram julgados e esse esquecido, gerando uma sentença *citra petita*, sendo suprida pela possibilidade de o colegiado já julgar tal ponto. Neves (2016, p. 1.086/1.087) esclarece que:

A sentença é *citra petita*, também chamada de *infra petita*, quando fica aquém do pedido do autor ou deixa de enfrentar e decidir causa de pedir ou alegação de defesa apresentada pelo réu. No aspecto subjetivo é *citra petita* a decisão que não resolve a demanda para todos os sujeitos processuais.

A última hipótese versa sobre a *ausência de fundamentação da sentença*, quando não se segue a forma especificada no art. 489, § 1º, ou seja, não há uma fundamentação adequada na sentença, tornando-a desidiosa e lacunosa. De um modo geral, o CPC/2015 primou por uma fundamentação mais real e analítica em cada decisão judicial, impondo ao juízo, quando da prolação de qualquer ato decisório, a necessidade de responder todas as teses jurídicas levantadas pelas partes, fundamentando de maneira coerente com a jurisprudência, explicando, de maneira clara, os motivos da utilização da norma, sem campos vazios ou simples indicação de normas ou jurisprudências, necessitando de explicitação da relação destas com o caso, numa real fundamentação. Quando a apelação impugnar a sentença, pelo fato de não haver a fundamentação correta, o Tribunal, ao acatar tal tese, deve decretar a nulidade da decisão por ausência ou vício de fundamentação, entrando, desde logo, no mérito da questão, analisando pela primeira vez, sem considerar a sentença prolatada, uma vez que não se almejará a reforma, e sim um novo julgamento, já que houve um vício formal na sentença, tornando-a nula.

Além das hipóteses elencadas anteriormente, outra vem logo a seguir, no art. 1.013, § 4º, quando uma apelação impugna uma sentença em que se *reconheceu a decadência ou a prescrição* e, na via recursal, conseguiu-se o provimento para afastar estas prejudiciais, podendo, se houver possibilidade processual, ou seja, com a aptidão para o julgamento meritório, desde logo, proferir o acórdão com o enfrentamento do mérito.

O CPC/2015 ampliou as hipóteses de utilização da teoria da causa madura e, com isso, buscou-se a celeridade processual e a

economicidade de não devolver o processo para o primeiro grau, quando o Tribunal tiver capacidade processual para apreciar o mérito diretamente. Ainda no CPC/73, discutia-se, na doutrina, a inconstitucionalidade da possibilidade de utilização da teoria da causa madura, pela sua inerente supressão de instância, não permitindo o juízo de primeiro grau sentenciar o mérito, tendo a parte somente o pronunciamento meritório diretamente do Tribunal, sem possibilidade de recurso com duplo grau de jurisdição, ocasionando, em tese, um prejuízo processual para a parte que viesse a ser sucumbente na apelação que se aproveitou dessa teoria. Porém, esse ponto é uma questão totalmente superada na doutrina e jurisprudência sobre a validade da teoria da causa madura e sua constitucionalidade. Em relação ao § 3º do art. 515:

Segundo pensamos, o § 3º do art. 515 não viola a Constituição Federal. Como se viu, o princípio do duplo grau de jurisdição não é garantia constitucional. Essa concepção, no entanto, como se mencionou, não é pacífica, havendo defensores de orientação contrária. Para estes, muito provavelmente o § 3º do art. 515 do CPC deverá ser considerado inconstitucional. O fato de não estar diante de inconstitucionalidade, contudo, não torna, só por isso, menos criticável o preceito, porquanto nos casos em que, em atenção ao § 3º do art. 515 do CPC, o tribunal – ou o relator sozinho (cf. art. 557 do CPC) – julga questão de mérito que não havia sido sequer examinada pelo juízo a quo, estará realizando julgamento que só excepcionalmente poderá vir a ser reapreciado (MEDINA, 2002, p. 342).

Assim sendo, o que pretende o referido § 3º do art. 515 é estabelecer que em certos casos que se tenha proferido sentença terminativa (isto é, sentença que não contém a resolução do mérito) poderá o tribunal, ao apreciar a apelação, julgar o objeto do processo. Ter-se-á, aqui, uma supressão de instância, excepcionando-se a incidência do princípio do duplo grau de jurisdição. É de bom alvitre, contudo, recordar que o duplo grau não é uma garantia constitucional, tendo suas bases na legislação ordinária. Sendo assim, é perfeitamente possível à própria lei ordinária afastá-lo, como o fez no caso que ora se examina (CÂMARA, 2009, p. 94).

O duplo grau de jurisdição não é um direito absoluto, podendo, por diversos momentos e motivos, ser tergiversado na legislação, com a quebra dessa formalidade de instâncias. Pode-

mos dizer, sobre a teoria da causa madura, que há uma supressão de instância, contudo sem nenhum prejuízo para as partes.

5 Efeito regressivo na apelação

A apelação não tem, em regra, efeito regressivo. A sentença, ao ser proferida, é revestida de perfeição como ato processual, representando a concepção de resolução judicial para aqueles fatos e demanda, não podendo, o juízo, alterá-la (salvo em casos de erro material). Mesmo quando interposta uma apelação, a sentença ali prolatada não pode ser alterada pelo juízo, nem que este concorde com todos os termos do recurso, uma vez que cabe, por competência organizacional judicante, ao Tribunal realizar o julgamento da revisão proposta pelo ato recursal.

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

A sentença prolatada pelo juízo, em todos esses casos excepcionais, abrevia o processo de seu andamento normal, causando um encerramento abrupto, longe do ideal, normal e esperado no CPC/2015, levando à possibilidade, pela interposição da apelação, de o juízo rever sua decisão no sentido de verificar se essa abrupção deve ser mantida ou não, e, com isso, se remete ou não a apelação ao Tribunal julgar ou, desde logo, volta atrás prosseguindo com o processo do momento processual anterior àquela sentença impugnada nessas hipóteses de apelação.

A novidade, no CPC/2015, ficou pela inclusão das hipóteses de sentença terminativa, fato que não existia no CPC/73, demonstrando que o intuito da nova lei processual passa por proporcionar um devido aproveitamento processual, ao possibilitar, diante de uma apelação interposta sobre uma discussão de sentença terminativa, a análise do juízo recorrido se seria ou não o caso de voltar atrás e prosseguir com o processo ou realizar a remessa ao Tribunal.

Alguns pontos são pertinentes sobre a possibilidade do efeito regressivo na apelação. O primeiro está na visualização de que o efeito regressivo nessa espécie recursal é a manifestação

do princípio da primazia ao julgamento de mérito, pelo fato de que há a busca pelo julgamento correto em primeiro grau. Outro ponto será a indagação se o juízo deve manifestar-se sobre a admissibilidade para tal desiderato: como se retratar sem saber se o recurso é tempestivo ou admissível? Esse ponto é pertinente e lacunoso, simplesmente pelo fato de que o juízo de primeiro grau não tem mais competência para tal desiderato, mas, como vimos, terá para realizar o efeito regressivo. Desse modo, mesmo que seja uma incongruência, somente há possibilidade de retração em recurso com aparência de admissibilidade positiva.

Conclusão

A apelação é o recurso que representa o princípio do duplo grau de jurisdição, permitindo a ampla recorribilidade da sentença, culminando, portanto, na revisão, por um órgão hierarquicamente superior, de todo aquele processo decidido em primeiro grau. No CPC/2015, tal espécie recursal passou por uma profunda transformação, com uma alteração na sua própria conceituação e hipótese de cabimento, trazendo para sua amplitude impugnativa as decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento, alterando a própria sistemática da recorribilidade das interlocutórias.

Além dessa mudança no cabimento e o impacto na conceituação, a apelação tem mudança em seu juízo de admissibilidade, com a mudança na sistemática para uma estrutura somente monofásica, analisada somente pelo Tribunal, causando impacto em diversos momentos, como na automaticidade do efeito suspensivo e na impossibilidade de o próprio juízo analisar a admissibilidade do recurso interposto. O efeito regressivo – possibilidade de o mesmo julgador rever a sua decisão – aumentou para incluir a sentença terminativa.

A teoria da causa madura, com a possibilidade de o Tribunal julgar, desde já, o mérito da demanda, quando a matéria estiver pronta para julgamento, sem necessidade de produção de provas, foi ampliada para várias hipóteses, concedendo, portanto, uma importância maior do instituto para a própria judicância da apelação.

São diversas as mudanças nos aspectos da apelação, de modo a conceder maior amplitude ao recurso e, assim, uma maior devolutividade a essa espécie recursal, com a necessidade de adaptação ao cotidiano forense.

noma do vencedor. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, v. 249, p. 233-248, nov. 2015.

LOPES JR., Gervásio. **Julgamento direto do mérito na instância recursal**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: RT, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O Novo CPC e a garantia de duração razoável do processo**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-novo-cpc-e-a-garantia-de-duracao-razoavel-do-processo/>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NERY JR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6. ed. atualizada, ampliada e reformulada. Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos. São Paulo: RT, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Volume único.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo Sistema Recursal - conforme o CPC/2015**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

PEREIRA, Joana Carolina Lins. **Recursos de Apelação**. Amplitude do efeito devolutivo. Curitiba: Juruá, 2004.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A aplicação da “teoria da causa madura” em caso de nulidade da sentença por falta de fundamentação**: um diálogo com Marco Antonio Perez de Oliveira. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/a-aplicacao-da-teoria-da-causa-madura-em-caso-de-nulidade-da-sentenca-por-falta-de-fundamentacao-um-dialogo-com-marco-antonio-perez-de-oliveira/>>. Acesso em: 23 abr. 2016.

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

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

Precedentes judiciais. Superação. *Overruling*. Distinção. *Distinguishing*. Peculiaridades do caso concreto

Jeremias Pinto Arantes de Souza
Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho
pela Anhanguera-Uniderp

Marcelo Quevedo do Amaral
Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Doutorando em Direito pela Unisinos/RS
Mestre em Direito pela Unisinos/RS
Especialista em Direito Registral Imobiliário
pela PUCMG e em Processo Civil pela
Universidade de Santa Cruz do Sul
Graduado em Ciências Econômicas pela UFRGS

RESUMO

O artigo visa, através de exemplos práticos, incentivar o cuidado necessário para enquadramento dos precedentes judiciais a teses jurídicas. Objetiva ainda uma reflexão sobre a forma para superação de precedentes. Primeiro é demonstrada a importância legal dos precedentes, principalmente a partir do CPC de 2015, e consequentemente da superação, da distinção e do devido enquadramento. Depois são indicados dispositivos legais que impõem a observância acurada dos precedentes seja para superação, seja para distinção, seja para enquadramento, bem como são abordados os institutos do direito norte-americano denominados *distinguishing* e *overruling*, relacionados às duas primeiras hipóteses. Feito isso são trazidos exemplos de distinção relacionados aos temas gratuidade da justiça e exceção à impenhorabilidade de remuneração, bem como de superação de entendimento sumulado. Por fim, o leitor é chamado para uma reflexão sobre o controle difuso de constitucionalidade de precedentes obrigatórios.

Palavras-chave: Precedente. Enquadramento. Distinção. Superação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The article aims through practical examples to encourage the necessary care to frame legal precedents to legal theses.

It also aims to reflect on how to overcome precedents. First is demonstrated the legal importance of the precedents, mainly from the CPC of 2015, and consequently of the overcoming, the distinction and the due framework. Then legal provisions are indicated that require the accurate observance of precedents either for overcoming, for distinction or for framing, as well as for the institutes of North American law known as distinguishing and overruling, related to the first two hypotheses. This is done by bringing examples of distinction related to the themes of gratuitousness of justice and exception to the impenhorability of remuneration, as well as of overcoming the summed up understanding. Finally, the reader is called for a reflection on the diffuse control of constitutionality of mandatory precedents.

Keywords: Precedent. Framework. Distinction. Overcoming. Unconstitutionality.

Introdução

O presente artigo versa sobre superação, distinção e devido enquadramento de precedentes judiciais ao caso concreto, com a indicação de dispositivos legais que assim exigem e exemplos práticos, objetivando incentivar o devido cuidado pelos operadores do direito, sejam juízes, advogados, promotores etc. Versa ainda sobre a atribuição para superação do precedente.

São apontadas e transcritas normas recursais e de julgamento do Código de Processo Civil, do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e da Consolidação das Leis do Trabalho e tratados os institutos norte-americanos do *distinguishing* e *overruling*.

É abordada uma visão filosófica sobre o tema tomando por base as visões de Dworkin e Lênio Streck e tratada a necessidade de coerência e de integridade da decisão judicial em prol do Estado Democrático de Direito.

São trazidos exemplos de distinção relacionados à gratuidade da justiça e impenhorabilidade de salário, além de superação relacionada ao enunciado sumulado do STJ que autoriza revisão de pactos renegociados pelas partes.

Por fim o leitor é chamado para reflexão a respeito da forma de superação de precedentes obrigatórios e é trazido exemplo sobre entendimento sumulado do STJ inconstitucional por afronta à previsão legal do código civil.

1 Superação, distinção e aplicação de precedentes judiciais

1.1 Normas sobre superação, distinção e devido enquadramento de precedentes judiciais

O Código de Processo Civil (CPC) de 2015 traz uma importância maior aos precedentes judiciais¹, razão pela qual o estudo sobre superação, distinção e devido enquadramento desses às especificidades do caso concreto se faz ainda mais importante.

Existe imposição legal neste sentido conforme dispositivos do CPC de 2015², do Regimento Interno do Superior Tribunal de

¹ Exemplo: efeito vinculante de precedentes judiciais específicos, entre eles, dos acórdãos em incidentes de resolução de demandas repetitivas e das súmulas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) - artigo 927 do CPC.

Exemplo 2: provimento de recursos contra decisões opostas a precedentes judiciais - artigo 932, IV, do CPC.

² Exemplos do CPC de 2015:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

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

Art. 966. (§§ 5º e 6º não existiam na publicação original do NCPD – incluídos pela **LEI Nº 13.256, DE 4 DE FEVEREIRO DE 2016**)

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

Justiça³, entre outros. Veja-se também enunciado do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) a respeito⁴.

O artigo 896, §§ 1º-A, 7º e 8º, parte final, da CLT, traz expressamente já há algum tempo, entre outros, os seguintes requisitos para caracterizar a decisão paradigma apta a ensejar o cabimento de recurso de revista por divergência jurisprudencial:

a) indicação do trecho da decisão recorrida que diverge da decisão paradigma, **mencionando as circunstâncias que assemelham os fatos e direito** objeto das decisões em análise;

b) decisão paradigma tem que ser atual, não se considerando como tal julgado ultrapassado por súmula do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal, ou superado por iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Seguindo a mesma linha, o artigo 489, § 1º, V, do CPC determina que o magistrado indique os fundamentos determinantes dos precedentes invocados, bem como demonstre que o caso concreto se enquadra em tais fundamentos, sob pena de nulidade da decisão por falta de fundamentação.

1.2 Experiência norte-americana

No direito norte-americano, temos os mecanismos que versam sobre precedentes denominados *distinguishing* e *overruling*.

³ RISTJ:

Art. 255. O recurso especial será interposto na forma e no prazo estabelecido na legislação processual vigente, e recebido no efeito devolutivo.

§ 1º A comprovação de divergência, nos casos de recursos fundados na alínea c do inciso III do art. 105 da Constituição, será feita: *(Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)*

a) por certidões ou cópias autenticadas dos acórdãos apontados divergentes, permitida a declaração de autenticidade do próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal; *(Redação dada pela Emenda Regimental n. 6, de 2002)*

b) pela citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que os mesmos se achem publicados. *(Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)*

§ 2º Em qualquer caso, o recorrente deverá transcrever os trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, **mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados**. *(Incluído pela Emenda Regimental n. 1, de 1991)*

⁴ Enunciado 306, do FPPC:

“O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, **demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta**, a impor solução jurídica diversa.”

O *distinguishing* traz o afastamento do precedente judicial devido a especificidades/distinção do caso concreto. Já o *overruling* diz respeito ao afastamento total (**revogação/anulação**) do precedente judicial.

2 A interpretação e a integridade do direito

O tema em debate é intimamente afeto à questão da coerência decisória. O juiz não pode decidir desconsiderando a história jurídica precedente, pois o exercício da função impõe a responsabilidade de garantir no processo de interpretação a integridade estrutural do direito. O juiz, assim, não pode agir isoladamente, com base na sua própria consciência e subjetividade, devendo proceder a uma avaliação geral do que já foi dito pelos juízes anteriormente.

Seguindo a interpretação construtiva proposta por Dworkin, o juiz deve justificar sua decisão e atender aos princípios de moralidade política que (con)formam o Direito.

Aceitar a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade (DWORKIN, 2007, p. 314).

Desconsiderar a integridade do direito, permitindo que o subjetivismo se imponha nas decisões, como bem denuncia Dworkin, é algo perigoso que compromete a própria ordem constitucional:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história da sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. [...] O direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição (DWORKIN, 2007, p. 451-452).

Como alerta o professor Lênio Streck, exigir coerência e integridade nas decisões judiciais impede que o julgador possa “dar o drible da vaca hermenêutica” ao analisar determinada causa ou recurso, apoiando-se “na própria consciência, para decidir de modo diverso dos precedentes”, ou seja, não pode quebrar a cadeia discursiva simplesmente “porque deseja”.

A integridade no direito obriga o julgador a um tratamento equânime a todos, não podendo decidir de modo diverso hoje aquilo que ontem decidiu em outro sentido, ou seja, deve adotar postura coerente, fazendo um “jogo limpo” (*fairness*). Desse modo, a integridade do direito legitima e justifica o poder exercido pelo Estado e pelo próprio direito.

Mas isso não significa que o juiz esteja engessado, compelido a seguir de forma mecânica e acrítica as decisões passadas, que seja um mero repetidor dos comandos assentados jurisprudencialmente. O julgador não só pode como deve alterar o rumo da história, alterar as decisões de acordo com as possibilidades e condicionalidades do presente. Mas, como ressalta Dworkin, o seu veredicto deve ser extraído de uma interpretação que ao mesmo tempo se adapte aos fatos anteriores e os justifique, até onde isso seja possível.

O prof. Lênio Streck (2009) defende que as teorias do direito e da Constituição preocupadas com a democracia e a concretização dos direitos fundamentais sociais não podem prescindir da existência de um *minimum applicandi*. Qual seja? A aceitação de um conjunto de princípios que tenham a função de estabelecer padrões hermenêuticos com o fito de: a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para realização de um controle da interpretação constitucional; c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juizes e tribunais; e e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se esta resposta está ou não constitucionalmente adequada.

Na obra *Levando os direitos a sério*, Dworkin observa que os precedentes judiciais possuem uma espécie de força gravitacional que predispõe o julgador a adotá-los quando confrontado com casos similares. Essa predisposição facilita a adoção de uma postura convencionalista, com a simples reprodução das razões das decisões proferidas no passado. Nesse ponto, o autor alerta que somente os argumentos de princípio devem possuir uma força gravitacional capaz de influir na decisão do juiz, sendo preciso não só levar em consideração as decisões an-

teriores, mas verificar como, por quem e em quais circunstâncias foram tomadas.

3 Exemplos práticos

3.1 Requisitos para gratuidade da justiça – *distinguishing*

Pense-se em hipótese de impugnação da gratuidade da justiça concedida com base em indícios (**início de prova**) de que o cidadão auferir renda acima da isenção legal de imposto de renda (**corroborado pelo enunciado 38, do FONAJEF⁵; AC 5000251-36.2010.404.7015/PR, TRF4; AC 5048252-54.2011.404.7100/RS, TRF4; AR EM MS 2006.04.00.000077-4/RS, TRF4 CORTE ESPECIAL⁶; entre outros**).

Na AC 5008804-40.2012.404.7100, TRF4 temos a seguinte decisão:

EMENDA
INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI 1.060/

⁵ A qualquer momento poderá ser feito o exame de pedido de gratuidade com os critérios da Lei nº 1.060/50. Para fins da Lei nº 10.259/01, presume-se necessitada a parte que perceber renda até o valor do limite de isenção do Imposto de Renda.

⁶ TRF4, 2ª Turma (grifos nossos):

‘APELAÇÃO CÍVEL Nº 5000251-36.2010.404.7015/PR

[...]

A jurisprudência, no entanto, tem-se posicionado no sentido de que, se os vencimentos do postulante estiverem além da faixa de isenção do Imposto de Renda, não há como afirmar que não possa arcar com as custas do processo.

[...]

‘APELAÇÃO CÍVEL Nº 5048252-54.2011.404.7100/RS

[...]

2. A concessão da assistência judiciária gratuita é devida a quem percebe rendimentos mensais aquém da faixa de isenção do imposto de renda, segundo iterativo entendimento desta 2ª Turma. Inexistindo comprovação nesse sentido, indefere-se o pedido.

[...]

TRF4, agora através da sua corte especial (grifos nossos):

‘AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2006.04.00.000077-4/RS

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PEDIDO DE AJG. INDEFERIMENTO. LIMINAR INDEFERIDA. AGRAVO REGIMENTAL.

É de ser reconhecido o direito ao benefício da assistência judiciária gratuita tão somente para aqueles que percebam renda líquida mensal inferior ao rendimento máximo não-tributável, o que não é o caso da impetrante [...]

50. ART. 4ª. ESTADO DE MISERABILIDADE. PRESUNÇÃO PELA SIMPLES AFIRMAÇÃO. ÔNUS DA PROVA. PARTE CONTRÁRIA.

1. Para a concessão da assistência judiciária gratuita basta que a parte declare não possuir condições de arcar com as despesas do processo sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família, cabendo à parte contrária o ônus de elidir a presunção de veracidade daí surgida - art. 4º da Lei nº 1060/50.

2. Descabem critérios outros (como isenção do imposto de renda ou renda líquida inferior a 10 salários mínimos) para infirmar presunção legal de pobreza, em desfavor do cidadão.

3. Uniformizada a jurisprudência com o reconhecimento de que, para fins de Assistência Judiciária Gratuita, inexistem critérios de presunção de pobreza diversos daquela constante do art. 4º da Lei nº 1060/50. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 5008804-40.2012.404.7100/RS; CORTE ESPECIAL; RELATOR : CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ; REL. ACÓRDÃO : Des. Federal NÉFI CORDEIRO; Data do julg. 28.02.2013)

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer da questão de ordem, dispensada a lavratura de acórdão quanto ao ponto e, por maioria, vencidos os Desembargadores Carlos Eduardo Thopson Flores Lenz, Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, Ricardo Teixeira do Valle Pereira, Tadaaqui Hirose e Maria de Fátima Freitas Labarrère, **julgar procedente o incidente de uniformização de jurisprudência nos termos do relatório, voto do Desemb. Federal Néfi Cordeiro** e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 28 de fevereiro de 2013.
(grifos nossos)

Pois bem, só conseguimos devidamente enquadrar este precedente ao caso concreto ao analisar o voto que prevaleceu para essa decisão colegiada. Vamos a ele em trecho que esclarece o item 2 anterior:

Esclareço que vejo em princípio como possível ao cidadão comprometer entre dez a vinte por cento de sua renda mensal ou patrimônio com despesas extraordinárias, entre elas as pertinentes às despesas processuais. Daí porque quem recebe montante maior do que o limite legal de isenção do IRPF possivelmente poderá ser considerado como pessoa não necessitada ou pobre para os efeitos da AJG. **Isto, porém, é valoração casuística da prova, não passível de**

uniformização, descabendo alteração no critério de presunção legal de pobreza, em desfavor do cidadão.

...

Ante o exposto, voto por julgar procedente o incidente de uniformização de jurisprudência, reconhecendo para fins de Assistência Judiciária Gratuita a inexistência de presunção de pobreza diversa daquela constante do art. 4º da Lei nº 1060/50.

É O VOTO.

Des. Federal NÉFI CORDEIRO

No trecho destacado fica bem claro que o TRF4, na verdade, não afastou a tese de que a comprovação de renda acima de dez salários mínimos ou acima da isenção de Imposto de Renda implica o indeferimento da gratuidade da justiça; o tribunal apenas não apreciou esse ponto, pois se tratava de incidente de uniformização de jurisprudência, sendo que a renda para indeferimento da gratuidade da justiça é questão casuística, não devendo ser tratada em tal expediente.

Pelo contrário, o desembargador afirma que “**quem recebe montante maior do que o limite legal de isenção do IRPF possivelmente poderá ser considerado como pessoa não necessitada ou pobre para os efeitos da AJG**”.

Aliás, é bom que se diga que se assim não fosse chegaríamos à situação absurda de cidadãos que comprovadamente ganhassem mais de dez salários mínimos, ou seja, mais de R\$ 9.000,00, e teriam gratuidade da justiça deferida pelo TRF4. Em outras palavras, a presunção de necessidade pela declaração de pobreza pela própria parte postulante seria absoluta, não admitiria prova em contrário, o que é desarrazoado e afronta a expressa previsão em sentido contrário do artigo 99, § 2º, do CPC, bem como a possibilidade de defesa da parte contrária, conforme determina o artigo 100 do mesmo CPC de 2015.

Outrossim, diga-se de passagem que a adoção de critério de dez salários mínimos como teto para a concessão da gratuidade da justiça implicaria o fato de que apenas um baixo percentual da população economicamente ativa do País com idade superior a 10 anos pagassem custas processuais, conforme pode se verificar em estudos do IBGE, o que foge totalmente da razoabilidade. É notório que apenas um pequeno grupo de cidadãos da população brasileira auferem renda de dez salários mínimos ou mais.

Com efeito, a AC em apreço não é apta a afastar pedido de revogação ou indeferimento da gratuidade da justiça quando

comprovado que a parte litigante requerente desta auferir renda superior à isenção de imposto de renda ou superior a dez salários mínimos.

3.2 Honorários advocatícios como exceção à impenhorabilidade de salário – *distinguishing*

Hipótese em que é formulado pedido para penhora de salário visando pagamento de honorários advocatícios, nos termos do § 2º, do artigo 833, do CPC⁷, especialmente na expressão **“independente de sua origem”**, bem como nos moldes de diversas decisões do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁸ e enunciado da I Jornada de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal⁹.

Não servem para afastar o pedido acima os REsp 805.454/SP, REsp 1.182.108/MS e REsp 904.774/DF.

Em relação ao REsp 805.454/SP, julgado em 2009, observe-se que não se discutia honorários, e sim valores de alugueres, ou seja, não havia discussão sobre a exceção legal do artigo 649, § 2º, do

⁷ Art. 833. São impenhoráveis:

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de **prestação alimentícia, independentemente de sua origem**, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º. (grifo nosso)

⁸ REsp 1.619.868, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2017; AgRg no AREsp 634.032/MG, T3, DJe 31/08/2015; AgRg no AREsp 632356 / RS, T4 - QUARTA TURMA, DJe 13/03/2015; AgRg no AREsp 311.093/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2015; DJe 19/02/2015, AgRg no AREsp 32031 / SC, T4 - QUARTA TURMA, DJe 03/02/2014; REsp 1.326.394 – SP, TERCEIRA TURMA, JULGADO: 12/03/2013; AgRg no REsp 1.206.800/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/02/2011; REsp 1.365.469/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013.

⁹ ENUNCIADO 105 – **As hipóteses de penhora do art. 833, § 2º, do CPC aplicam-se** ao cumprimento da sentença ou à execução de título extrajudicial relativo **a honorários advocatícios**, em razão de sua natureza alimentar.

CPC/73, vigente à época. Foi reconhecida a impenhorabilidade do salário para pagar alugueres, e não honorários.

No que tange ao REsp 1.182.108/MS, julgado em 2011, frise-se que estava em discussão enquadramento na exceção da Lei 8.009/90, que, diga-se, é clara ao estabelecer exceção somente para “credor de pensão alimentícia” – artigo 3º, III, da norma, nada dizendo sobre “prestação alimentícia, independentemente de sua origem”. Não havia discussão de enquadramento na exceção do artigo 649, §2º, do CPC/73, vigente à época. Estava em discussão impenhorabilidade de bem de família, e não de salário.

Quanto ao REsp 904.774/DF, julgado em 2011, note-se que também não se discutiam honorários, ou seja, aqui também não havia discussão sobre a exceção legal do artigo 649, § 2º, do CPC/73, vigente à época. Não havia objeto de cobrança com natureza alimentar.

3.3 Revisão de pactos extintos por renegociação – *overruling*

A súmula 286 do STJ estabelece que “**a renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores**”. Tal enunciado foi publicado lá no mês de maio do ano de 2004.

As decisões do STJ no REsp 886150/PR, AgRg no REsp 1069460/RS, AgRg no Ag 1335565/RJ e AgRg no REsp 1082738/SC¹⁰, entre outros, publicadas respectivamente nos anos de 2007, 2009, 2010 e 2011, estabelecem que a extinção da avença pela adjudicação do bem ao credor hipotecário implica a ausência de interesse processual para revisão dos pactos extintos.

Note-se que, se falta interesse de agir para revisão de avença em que houve adjudicação da propriedade em favor do credor,

¹⁰ AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SFH. AÇÃO REVISIONAL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. SÚMULAS 284/STF E 286/STJ. INAPLICABILIDADE.

1 - **Após a adjudicação do bem, com o conseqüente registro da carta de arrematação no Cartório de Registro de Imóveis, a relação obrigacional decorrente do contrato de mútuo habitacional extingue-se com a transferência do bem, donde se conclui que não há interesse em se propor ação de revisão de cláusulas contratuais, ficando superadas todas as discussões a esse respeito.**

2 - Inaplicável ao caso as Súmulas 284/STF e 286/STJ.

3 - Agravo Regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1082738/SC, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 11/04/2011, grifos nossos)

com mais razão ainda carece de interesse o mutuário que extingue avença por renegociação/confissão. Afinal, onde cabe mais, leia-se, falta de interesse de agir em face de adjudicação que extingue o pacto e ocorre independente da vontade do mutuário, cabe menos, leia-se, ausência de interesse processual considerando renegociação/confissão de dívida em que é extinto o pacto com a vontade do mutuário.

Mencione-se de passagem que a ausência de interesse de agir é corroborada também por previsão do CPC, em seu artigo 487, III.¹¹ Veja-se que o Diploma Processual Civil determina a extinção do processo com resolução do mérito em caso de transação entre as partes. Logo, a lide que foi transacionada não pode mais ser objeto de outra ação judicial, uma vez que existe coisa julgada a respeito. Ora, trata-se de caso idêntico ao caso de extinção por renegociação/confissão de dívida, devendo, portanto, ser aplicado o mesmo raciocínio, qual seja, a dívida transacionada extrajudicialmente não pode mais ser discutida judicialmente.

Temos ainda os REsp 141.879/SP, REsp n.º 95539-SP e REsp 1217951/PR, entre outros, com decisões publicadas respectivamente nos anos de 1998, 1996 e 2011, em que o STJ reconhece o *venire contra factum proprium*, com raciocínio perfeitamente aplicável para superação da súmula 286 em questão, levando em conta o comportamento contraditório na pretensão de rever judicialmente avença extinta pela renegociação entre as partes, renegociação esta que sempre traz algum benefício ao mutuário, levando em conta desconto para parcelamento, afastamento de vencimento antecipado da integralidade do saldo devedor, elastecimento do prazo originalmente contratado etc.

Com efeito, existe *overruling* pelo próprio STJ da súmula 286, publicada no mês de maio do ano de 2004, considerando decisões posteriores do superior tribunal pela falta de interesse de agir para rever pactos extintos, bem como pela vedação de comportamento contraditório.

4 *Overruling* através de controle difuso de constitucionalidade

O exemplo de superação acima do item 3.3 não gera maiores dificuldades, já que o próprio órgão prolator supera seu entendimento anterior. Maior complexidade surge ao pensarmos

¹¹ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:
III - homologar:
b) a transação.

na superação de precedente por órgão que não foi responsável pela sua criação.

A superação só seria possível pelo órgão prolator do precedente? Sendo positiva a resposta, o cidadão não ficaria em uma posição de fragilidade?

Sim, isso porque, por exemplo, se um juiz de primeiro grau julgar com base em precedente do STJ inconstitucional que deva ser superado, mas que não conte ainda com decisão do mesmo STJ neste sentido, tecnicamente ficaria o cidadão impossibilitado de recorrer ao tribunal de justiça ou ao tribunal regional federal, uma vez que estes também não poderiam superar o precedente do STJ. Restaria tão somente buscar a revogação do precedente através de pedido à comissão do STJ, contudo isso não impediria o trânsito em julgado da decisão de primeiro grau proferida no processo em curso.

Pensando em solucionar esse impasse, veja-se que, se a observância do entendimento do precedente é obrigatória, este tem força de lei com efeitos *erga omnes* e, se é assim, sobre ele cabe controle difuso de constitucionalidade, o que permite a conclusão de que é possível a superação por órgão diverso do responsável pela criação do precedente.

Assim defende o ilustre professor e renomado jurista Nelson Nery Junior em palestra ministrada em simpósio sobre o CPC de 2015.

4.1 Exemplo prático – enunciados de entendimento sumulado 84 e 308 do STJ – inconstitucionalidade

Conforme determina o **artigo 1.417 do CC**¹², promessa de compra e venda de bem imóvel só gera direito real de aquisição ao promitente comprador após seu registro no cartório.

Além disso, a lei é clara ao estabelecer que a propriedade registrada no Cartório de Registro de Imóveis (CRI) deve prevalecer, sendo que, uma vez não registrado o título de transferência, o transmitente é havido como dono do imóvel.

Em outras palavras, por expressa previsão legal, não há transmissão de bens imóveis sem registro. Vejamos *in verbis*:

Código Civil
Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

¹² Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.
§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

Nesse contexto, diferentemente do que ocorre com os bens móveis, a tradição não implica transferência da propriedade. Logo, ainda que o imóvel seja objeto de negócio não registrado no CRI com terceiro de boa-fé, é legítima restrição judicial/garantia levada a efeito considerando o que consta registrado junto ao órgão competente.

Corroborando tal entendimento, posição sumulada do Supremo Tribunal Federal (STF), *in verbis*:

Súmula 621

NÃO ENSEJA EMBARGOS DE TERCEIRO À PENHORA A PROMESSA DE COMPRA E VENDA NÃO INSCRITA NO REGISTRO DE IMÓVEIS.

Ainda nesse mesmo sentido temos a Lei nº 13.097/2015, que em seu artigo 54, parágrafo único assim determina, **expressamente tratando do terceiro de boa-fé**:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

Parágrafo único. **Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé** que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Portanto, a propriedade de imóvel (**ou o direito real de aquisição de promitente comprador**) só é transferida se o título translativo for registrado na matrícula, sendo eficaz desde o momento de seu protocolo junto ao Registro de Imóveis, tal qual determinam os artigos 1.245 e 1.246 do CC.¹³

¹³ Art. 1.245. **Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.** [...]

Art. 1.246. **O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.**

Neste sentido, AI 50238488320174040000, julgado em 24/08/2017:

Trecho esclarecedor do voto que prevaleceu:

"[...]

Alega a parte agravante que os documentos levados aos autos não têm o condão de comprovar a data em que teria sido firmado o negócio entre as partes, não havendo reconhecimento de firma ou certificação em cartório. Pondera que, nos termos do art. 1.245 do Código Civil, enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. Requer a imediata realização das diligências requeridas para penhora do imóvel de propriedade da parte executada, viabilizando-se a efetiva cobrança judicial da dívida exequenda. Pugna pela condenação da parte agravada ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 1º do CPC. Postula a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

É o relatório. Passo a decidir.

No caso em exame, a decisão agravada reconheceu a inaptidão do bem em questão para satisfação da execução.

[...]

Tem-se, portanto, a indicação de que parte da área compreendida pelo imóvel em comento teria sido alienada aos atuais possuidores, conforme descrito pelo Oficial de Justiça.

Em relação à parte que serve de residência para o executado, a presunção é de que se trata de bem de família, acobertado pela impenhorabilidade.

As demais partes do imóvel, em tese, também restariam afastadas da possibilidade de constrição, em razão do destino que lhes foi dado.

Ocorre que os contratos juntados aos autos como prova da alienação de parte do imóvel em questão não foram levados a registro na matrícula do referido imóvel, bem como não contam com o reconhecimento de firma das assinaturas apostas nos documentos ou qualquer carimbo cartorário. Dessa forma, os documentos acostados ao processo não têm o condão de, por si só, comprovar a efetiva transferência da titularidade do imóvel, assim como a data em que teriam sido perfectibilizadas eventuais transferências.

Assim, tenho que procede a irrisignação manifestada pela parte agravante neste ponto, na medida em que se apresenta como solução adequada para a questão a constrição do bem, sendo franqueado aos proprietários produzir a prova que entenderem cabível em relação ao seu direito sobre o imóvel.

[...]" (grifos nossos)

Tal cuidado despendido pelo legislador acerca das formalidades da transferência dos bens imóveis se dá justamente para evitar fraudes e ilegalidades, protegendo tanto vendedor e comprador quanto terceiros, tendo a publicidade dos atos efeito *erga omnes*.

Frise-se que esta previsão legal de que a transferência de bens imóveis só ocorre com o registro no CRI tem fundamento constitucional na segurança jurídica (**artigo 5º, caput**). Este é o principal fundamento dos registros públicos, que servem para gerar efeitos *erga omnes*, ou seja, para todos, inclusive terceiros, de negócio firmado entre as partes. Com efeito, gerar-se-ia grande insegurança jurídica reconhecer a possibilidade de transferência de bens imóveis sem o efetivo registro no CRI.

Destaque-se que o princípio da legalidade previsto no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna também impede que prevaleça o entendimento no sentido de que a propriedade sobre bem imóvel pode ser transferida sem o devido registro junto ao CRI.

Como já dito, há previsão legal determinando que esta transferência só ocorre com o devido registro, sendo o proprietário efetivamente registrado havido como dono do bem imóvel.

Não há na legislação previsão para que a propriedade de bens imóveis se dê sem o devido registro junto ao CRI, **pelo contrário**, não podendo o Poder Judiciário inovar o ordenamento jurídico neste sentido.

Sublinhe-se, por fim, que, caso se aceite que a transferência de bens imóveis pode se dar independentemente do registro junto ao CRI, estar-se-ia diante de nítida violação, além dos já mencionados princípios da segurança jurídica e da legalidade, ao postulado fundamental da separação dos poderes contido no artigo 2º, da CF, já que se permitiria que o Poder Jurisdicional atuasse como legislador positivo, função esta que compete essencialmente ao Poder Legislativo.

Observe-se que não pode o Poder Judiciário fazer as vezes do legislador e criar o que não foi criado previamente por lei, sob pena de violação ao postulado da separação dos poderes, que se traduz em um dos pilares do Estado Democrático de Direito, garantido, inclusive, como cláusula pétria não passível de modificação por Emenda Constitucional, nos moldes do artigo 60, § 4º, III, da CF.

Neste contexto todo, os enunciados de entendimento sumulado 84 e 308, ambos do STJ, devem ser superados. O STJ não pode simplesmente estabelecer que contrato de gaveta de bem imóvel, ou seja, sem o devido registro junto ao CRI, impossibilita a penhora do bem/impede efeitos de garantia constituída.

É preciso que seja justificada a não aplicação dos artigos do Código Civil e da Lei nº 13.097/2015 mencionados antes, sob pena de, como já mencionado, nítida afronta aos caros direitos fundamentais da segurança jurídica e da legalidade, bem como inobservância do postulado da separação de poderes.

Note-se que as súmulas do STJ em apreço são bem antigas, publicadas ainda nos anos de 1993 e 2005. Nos precedentes dos enunciados, verifica-se que não foi afastada a aplicação dos dispositivos do Código Civil e da Lei 13.097/15 anteriormente indicados.¹⁴ Os precedentes nem mencionam os dispositivos legais. Na verdade, os artigos 1.417 e 1.418, do CC e 54, parágrafo único, da nº 13.097/2015 nem existiam quando da edição da súmula 84 e por isso não tinham mesmo como terem sido mencionados.

Não se olvida da previsão contida no artigo 927, IV, do CPC. Contudo, conforme demonstrado no item 4, cabe controle de constitucionalidade difuso para reconhecer a inconstitucionalidade do entendimento sumulado em apreço por violar claramente preceito legal e, portanto, os direitos fundamentais da segurança jurídica e da legalidade, bem como o postulado da separação dos poderes.

Note-se que o STJ deve interpretar a lei, mas nunca afrontá-la, sob pena de violação da legalidade. Assim, não pode o STJ legislar em sentido contrário do que prevê a lei, como ocorre no caso em apreço. Note-se que legisla o STJ ao editar enunciado de entendimento sumulado, considerando a força de observância obrigatória prevista no já citado artigo 927, IV, do CPC.

Conclusão

Conclui-se que superação, distinção e devido enquadramento de precedentes judiciais ao caso concreto são imprescindíveis para evitar injustiças com tratamento de situações desiguais de forma igual ou aplicação de precedentes superados pelo órgão prolator ou inconstitucionais. Além disso, existem diversas normas legais que isso impõe.

Neste diapasão, os princípios hermenêuticos da integridade e da coerência das decisões judiciais estão intimamente ligados ao tema, sendo que o desrespeito a tais postulados implica risco considerável ao Estado Democrático de Direito.

¹⁴ <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=false&t=&l=50&i=51&ordem=@SUB#TIT84TEMA0>
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?&b=TEMA&p=false&t=&l=50&i=301&ordem=@SUB#TIT308TEMA0>

Como demonstrado, quando não devidamente observados os fundamentos fáticos e jurídicos dos precedentes judiciais, não é possível que estes sejam devidamente aplicados ao caso concreto.

Ademais, sob pena de injustiça/inconstitucionalidade, devem ser superados precedentes judiciais obrigatórios inconstitucionais, em especial aqueles que afrontem expressa previsão legal, já que nenhum cidadão é obrigado a fazer o que a lei não determina.

Assim, este texto visa incentivar a busca da superação, da distinção e do devido enquadramento dos precedentes judiciais pelos operadores do direito considerando as teses do dia a dia, sejam de defesa, sejam de ataque, sejam de julgamento.

Referências

CFC - Simpósio - O Novo CPC e os impactos no processo do trabalho. Conferência – A Força dos Precedentes Judiciais no Estado Federativo – 15 e 16 de setembro de 2014 – Palestrante Nelson Nery Junior. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IxXIPKureAc>>. Acesso em: 17 abr. 2018.

COLLODEL, Keeity Braga; PINHEIRO, Alessandra Hoffmann de Oliveira. Eficácia temporal das súmulas e a segurança jurídica. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 25, 2017, p. 241-262.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil, teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LEMOS, Vinicius Silva. Os precedentes judiciais e suas técnicas de superação no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v.1, n. 21, 2015, p. 77-93.

MONTESQUIE, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins, 2005.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016. Volume único.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

Considerações sobre o crime de obtenção fraudulenta de financiamento à agricultura familiar

Álison dos Santos Cappellari

*Advogado no Rio Grande do Sul
Doutorando em Direito pelo Programa de
Pós-Graduação em Direito da PUCRS
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS
Especialista em Direito Penal Empresarial
pela PUCRS
Membro sócio do Instituto Brasileiro de
Ciências Criminais (IBCCRIM)*

Vicente Cardoso de Figueiredo

*Advogado no Rio Grande do Sul
Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS
Especialista em Direito Penal e Processo Penal
Especialista em Compliance
Membro da Comissão Especial de Prevenção à
Corrupção da OAB/RS*

RESUMO

O objeto central do presente ensaio consiste na análise de fatores relevantes do crime de desvio de financiamento, particularmente no tocante às verbas destinadas ao fomento da atividade produtiva voltado à agricultura familiar, examinando os aspectos estruturais e conceituais da tipificação presente no artigo 19 da Lei 7.492, de 16 de junho de 1986. Metodologicamente, o trabalho aborda algumas questões-chave sobre o tema, como, por exemplo, a conturbada elaboração da legislação examinada, qual seria o bem jurídico por ela tutelado e qual o alcance das relações por ela abrangidas. Essas questões se fazem presentes no momento em que resta notória a dificuldade da doutrina em se posicionar diante do referido tema, bem como o crescente volume de recursos públicos aplicados no fomento da atividade produtiva no país. Diante disso, se faz necessária uma análise crítica dos elementos constituintes deste cenário, à luz das ciências econômica, social e penal.

Palavras-chave: Sistema financeiro. Agronegócio. Ordem econômica. Direito penal econômico.

ABSTRACT

The main objective of this essay is to analyze the relevant factors of the crime of misappropriation of financing, particularly in relation to the funds destined to the productive activity for family agriculture, examining the structural and conceptual aspects of the typification present in article 19 of Law 7,492 of 16 June 1986. Methodologically, the paper addresses some key issues on the subject, such as the turbulent drafting of the legislation examined, the legal good that it protects, and the scope of the relationships it covers. These issues are present when the doctrine's difficulty in positioning itself in front of this theme is evident, as well as the increasing volume of public resources invested in the promotion of productive activity in the country. Given this, a critical analysis of the constituent elements of this scenario is necessary, in the light of the economic, social and penal sciences.

Keywords: Financial system. Agribusiness. Economic order. Economic criminal law.

Introdução

Nota-se na sociedade atual um crescente dinamismo nas relações atinentes à economia. O fenômeno da globalização apresentou como consequências a desmaterialização das riquezas e a dinamização das relações econômicas. A economia e, conseqüentemente, o sistema que a legitima, tais quais originalmente formulados, tiveram seus paradigmas rompidos, o que causou uma crise não apenas em seus mecanismos, mas também nos conceitos clássicos do liberalismo econômico, base do sistema capitalista de mercado. Os Estados nacionais, território-base para a aplicação das teorias econômicas tradicionais, também tiveram o seu conceito modificado, sobretudo no fim do século passado. Vemos então, atualmente, um resgate dos conceitos tradicionais de soberania a fim de regulamentar o dinamismo econômico internacional.

Um dos fatores de maior influência na configuração das peças do xadrez econômico mundial é, sem dúvida, o seu potencial de produção de matéria-prima, sobretudo no que se refere à produção de alimentos à raça humana, seja direta, através da produção de víveres para o consumo próprio, seja indireta, mediante a produção de insumos para a criação e desenvolvimento de animais que servirão de alimento ao ser humano.

A produção primária possui um caráter diferente das demais atividades da economia. Trata-se de um setor cuja produtividade é indispensável para a vida humana. A falta de alimentos produziria o caos social e levaria milhares de pessoas à morte, motivo pelo qual o Estado tem o dever de assumir a política agrícola de um país, para garantir o abastecimento da população e controlar a exploração racional e adequada da terra. Motivos mais que suficientes para a proteção estatal, consubstanciados no artigo 186 do texto constitucional.¹

A atividade rural, devido à sua natureza, é extremamente frágil, sujeita a alterações do clima, desastres da natureza e mudanças provocadas por alterações nas diretrizes econômicas governamentais. Os atores atuantes nessa função não bastam em si mesmos para alcançar seu intento, fazendo-se necessário o apoio estatal. Por tais motivos, conforme a Carta Federal, o Governo Federal deve proporcionar ao produtor as condições necessárias para o plantio, a manutenção e a comercialização dos alimentos. O financiamento rural, como parte da política agrária brasileira, atua de forma a prover a verba necessária para essas atividades², apresentando nas instituições financeiras o principal instrumento de apoio para a concretização dessa finalidade.

1 O papel das instituições financeiras como agentes financiadores do agronegócio

1.1 Evolução histórica dos instrumentos de financiamento agrícola no Brasil

Na sociedade capitalista, as instituições bancárias atuam como protagonistas, assumindo funções que vão além da simples intermediação do capital. Tamaña importância fora conquista-

¹ "Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observação das disposições que regulamentam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores."

² "Os mútuos de espécie, necessários e relevantes ao setor campestino [...] têm como objetivos específicos e inarredáveis: estimular o crescimento de investimentos, qualquer que seja a sua finalidade na propriedade rural; propiciar atendimento creditício no tempo e nas condições adequadas segundo as exigências da exploração empreendida; criar condições ou possibilidades para que haja maior fortalecimento econômico dos produtores rurais" (PEREIRA, 2009, p. 20).

da ao longo dos anos, com o desenvolvimento das relações econômicas tanto em nível local como global, sendo o dinamismo destas um dos traços marcantes do atual contexto social.

O setor produtivo primário consiste em um delicado porém estratégico setor de atividade econômica nacional, cuja potencialidade está intimamente ligada com a atuação estatal, através da política agrícola governamental. Esta deve, para que seja alcançada a plenitude de seus objetivos, sempre ser pautada pelo equilíbrio. Caso a política seja desfavorável, a agricultura não se desenvolve de modo satisfatório. No sentido contrário, com incentivos exagerados, há desperdício de recursos que poderiam ser realocados em outras atividades produtivas (LUCENA; SOUZA, 2001, p. 19).

O crédito rural situa-se em uma classificação típica de fomento, visto que financia o desenvolvimento de uma atividade que diretamente importa ao interesse público. Contribuindo para o correto abastecimento do país, ele ajuda a garantir a ordem pública, segundo os ditames da Lei 4.829/1965, em seus artigos 1^o e 2^o.⁴

A atividade agropecuária apresenta como característica intrínseca o seu caráter de continuidade. Diferentemente de outras atividades produtivas, o setor primário, independentemente de eventuais contratemplos e intempéries, necessita recomeçar a cada período temporal. Tendo em vista tal característica, o crédito rural possui taxas e condições de pagamento diferenciadas. Isso ocorre para que o produtor não seja prejudicado caso imprevistos impeçam a quitação no tempo certo. O contrato de financiamento agrário pode ser alterado de forma que um agricultor que perdeu sua safra em função de alguma intempérie climática, por exemplo, não seja lesado e possa retomar as atividades de cultivo em sua propriedade.

Historicamente, tem-se no cenário nacional a consagração do Banco do Brasil S/A como o agente financiador do agronegócio por excelência. Seu papel de agente desenvolvimentista do setor agrícola e pecuário teve início na metade do século XIX, mais especificamente com a reforma do sistema bancário de 1857, capitaneada pelo então Ministro de Fazenda Bernardo de

³ "Art. 1^o. O crédito rural, sistematizado nos termos desta lei, será distribuído e aplicado de acordo com a política de desenvolvimento da produção rural do país e tendo em vista o bem-estar do povo."

⁴ "Art. 2^o. Considera-se Crédito Rural o suprimento de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou a suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividade que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor."

Sousa Franco. Tal reestruturação apresentou como fator principal a criação de vários bancos emissores de meio circulante de natureza regional⁵, medida esta que acabou retirando do então Banco do Brasil a exclusividade na emissão da moeda nacional. Tal medida acabou desagradando a vários setores do governo, inclusive o próprio Imperador D. Pedro II, acarretando num incremento descontrolado do montante geral de moeda em circulação interna. Tal medida foi revogada pela Lei nº 1.083 de 1860, que novamente limitou a emissão de numerário de maneira indiscriminada e centralizando-a novamente na então instituição financeira estatal.

Tal medida levou a uma crise no setor bancário na década de 1860, o que levou o governo imperial a socorrer os poupadores e capitalistas mediante o Banco do Brasil, que acabou se transformando na tábua de salvação para praticamente todos os integrantes do setor. O papel do principal integrante do novel sistema financeiro imperial fora repensado, levando-o a um movimento em que cada vez se aproximava mais de um papel de fomento, depósito e empréstimos, com a licença para operar hipotecas e prestar financiamento agrícola em todo o território nacional⁶, e cada vez se afastar mais da função de mero emissor de moeda.

O final do século XIX trouxe, juntamente com a novel forma republicana de Estado, o apogeu da cultura cafeeira, cultivo este potencializado no afã de substituir a já decadente cultura da cana-de-açúcar, que atravessou tal período combatida pela concorrência, sobretudo, das colônias europeias nas Antilhas. O advento da República e o sistema federativo descentralizaram as políticas de crédito e de imigração, fazendo com que o governo central transferisse tais responsabilidades aos estados-membros, o que incrementou significativamente a produção do grão, ini-

⁵ “Apesar das críticas e acusações de inconstitucionalidade, Sousa Franco optou por criar novos bancos de emissão através de simples decretos executivos. Assim, a seu critério, aprovou a criação dos seguintes estabelecimentos emissores: Banco Comercial e Agrícola, por decreto de 31 de agosto de 1857; Banco da Província do Rio Grande do Sul, por decreto de 24 de outubro de 1857; Banco da Província de Pernambuco, por decreto de 4 de novembro de 1857; Banco da Província do Maranhão, por decreto de 25 de novembro de 1857; Banco Rural e Hipotecário, que já existia como de Descontos, por decreto de 3 de abril de 1858. Quatro dessas autorizações foram dadas às vésperas da crise de 1857, e as duas últimas quando os efeitos da crise já se abrandavam” (DIRETORIA DE MARKETING E COMUNICAÇÃO DO BANCO DO BRASIL, 2010b, p. 40-41).

⁶ “As iniciativas para estabelecer crédito rural eram realmente de boa inspiração, mas pareciam prematuras. Naquele tempo ainda era fraca e insufici-

cialmente na serra fluminense e posteriormente, em maior escala, no Estado de São Paulo, já dominado pela oligarquia agrícola. Aliado a isso, os grandes concorrentes nacionais na sua produção – no caso, colônias inglesas e francesas do sudeste asiático, como Ceilão e Indochina – sofreram com intempéries climáticas que praticamente dizimaram a produção local. A coincidência desses fatores levou ao crescimento geométrico da produção em pouquíssimo tempo, chegando o Brasil, no final do período, a ser responsável por três quartos do mercado mundial, o que propiciou aos produtores brasileiros, por certo tempo, ter a prerrogativa de controle do preço internacional da mercadoria através da manipulação dos estoques (FURTADO, 2007, p. 251).

No entanto, com a crise abatida nos Estados Unidos em 1893, a valorização cambial causou um revés aos produtores nacionais, fazendo com que o preço da saca de café despencasse no mercado mundial. Tal fator, aliado ao já encorpado volume dos estoques internos preexistentes, resultantes da manipulação dos preços do mercado externo, fez com que a capacidade de estocagem do grão fosse insuportável internamente. Em 1906, foi assinado o chamado Convênio de Taubaté, entre o governo republicano e os produtores, acordo este que visava à valorização do produto nos mercados internos e externos.⁷ Tal medida salvou a classe cafeeira até o final da década de 1920. No entanto, a crise mundial de 1929 fez com que a produção sofresse um revés que traz reflexos até os dias de hoje, uma vez que tanto a produção interna quanto o papel do Brasil no cenário internacional do café nunca mais foram os mesmos.

Por mais nefastas que tenham sido as consequências do declínio da cultura cafeeira na economia nacional, não pode se dizer que o Brasil tenha sido um dos países mais afetados pela grande depressão econômica mundial da década de 1930. O cres-

ente a base de garantia indispensável a todo financiamento agrícola – a propriedade rural. Faltavam as condições mínimas de estabilidade e definição, pois as terras ainda não eram precisamente demarcadas, dificultando a sua avaliação. Uma das garantias mais seguras era o escravo, considerado o ativo mais valioso, mas que já se desvalorizava rapidamente, não só pela aplicação gradual da Lei do Ventre Livre, como porque o regime da escravidão se enfraquecia com a conscientização da opinião pública, que conduziria, previsivelmente, à sua completa abolição” (DIRETORIA DE MARKETING E COMUNICAÇÃO DO BANCO DO BRASIL, 2010b, p. 77).

⁷ “A ideia de retirar do mercado parte desses estoques amadurece cedo no espírito dos dirigentes dos estados cafeeiros, cujo poder político e financeiro fora amplamente acrescido pela descentralização republicana. No convênio celebrado em Taubaté em fevereiro de 1906, definem-se as bases do que se chamaria política de ‘valorização’ do produto. Em essência, essa política

cimento da renda e a qualificação da mão de obra europeia migrada fizeram com que a incipiente produção industrial nacional se mantivesse a níveis satisfatórios no período, bem como, sobretudo após a mudança de comando na política central após a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, notou-se um período de incentivo à descentralização da agricultura, tanto geograficamente, com a implementação de políticas de migração e colonização interna, como culturalmente, com a diversificação da produção.

A política econômica de Vargas, ao contrário do período republicano oligárquico anterior, era de centralização das decisões, de continuidade do apoio à produção agrícola, sobretudo a cafeeira, mas, principalmente, sob um viés nacionalista, de expansão da indústria nacional. A política do Estado Novo, como, aliás, está expresso em seu nome, remete a uma mudança radical dos rumos da economia política nacional, sendo a industrialização uma questão de Estado. Tem-se aí o crescimento da influência da corrente econômica desenvolvimentista, que teve em Roberto Cochrane Simonsen seu fundador.

A referida corrente defendia a ideia principal de que o atraso no desenvolvimento nacional somente viria, a passos largos, com a industrialização plena do país – leia-se aí indústria de bens de consumo, bens de capital e indústria de base –, lastreada por ações intervencionistas marcadas pelo protecionismo e planejamento. Tais ações não contrariariam as posições dos países aliados do Brasil, uma vez que favoreciam a importação, não apenas de matérias-primas de países produtores agrícolas como os Estados Unidos, mas também de maquinário de diversos países, especialmente europeus. A corrente ainda defendia a intervenção estatal para o desenvolvimento de setores da economia não agraciados com os interesses privados (OLIVEIRA; GENNARI, 1999, p. 334-338).

No campo financeiro, caracterizava-se o Brasil pela ainda não existência de um Banco Central propriamente dito. A função de regulamentação da economia se dava a cargo do tripé Superintendência da Moeda e Crédito (SUMOC), Banco do Brasil e Tesouro Nacional.

consistia no seguinte: a) com o fim de restabelecer o equilíbrio entre oferta e procura de café, o governo interviria no mercado para comprar os excedentes; b) o financiamento destas compras se faria com empréstimos estrangeiros; c) o serviço destes empréstimos seria coberto com um novo imposto cobrado em ouro sobre cada saca de café exportada; d) a fim de solucionar o problema mais a longo prazo, os governos dos estados produtores deveriam desencorajar a expansão das plantações” (FURTADO, 2007, p. 253-254).

Criada em 1945, a SUMOC apresentava, entre suas atribuições, atividades típicas do atual Banco Central, tais como determinar a taxa de juros básica, estabelecer a taxa de redesconto (assistência financeira de liquidez) e seus limites, implementar a política de câmbio, definir os depósitos compulsórios etc. Além disso, cabia a seu Conselho a determinação dos rumos da política monetária e de crédito. Ao Banco do Brasil competiam funções regulatórias, fiscalizatórias e operacionais de autoridade econômica na área monetária, creditícia e cambial, além da operação da Carteira de Redescontos (CARED), responsável pelo fornecimento de redescontos seletivos e de liquidez à rede bancária, e da Carteira de Mobilização Bancária (CAMOB), responsável por socorrer bancos em situação de iliquidez. Além disso, suas Carteiras de Câmbio e de Comércio Exterior cumpriam as políticas determinadas pela SUMOC, bem como competia a ele não apenas a guarda das reservas voluntárias dos demais bancos, mas também a realização da compensação de cheques de toda a rede. Por sua vez, ao Tesouro Nacional cabia a emissão de papel-moeda e suprimento deste, através de sua Caixa de Amortização, à CARED e à CAMOB (DIRETORIA DE MARKETING E COMUNICAÇÃO DO BANCO DO BRASIL, 2010a, p. 24-25).

Trata-se de um período em que os mecanismos de funcionamento da economia se viam regidos por dois diplomas legais que engessavam a dinâmica econômica, irrigando ainda mais o já crescente cenário inflacionário nacional, ambos promulgados em 1933. Trata-se da Lei de Usura (Decreto 22.626), que proibia operações com juros nominais superiores a 12% ao ano, e a Lei da Cláusula Ouro (Decreto 23.501), que impedia legalmente a contratação de valores em outras moedas que não a moeda nacional. Em uma época em que não havia um mecanismo de correção monetária, o engessamento da taxa de juros e a impossibilidade de utilização da variação cambial de moedas estrangeiras em contratos internos eram fatores que potencializavam a desvalorização da moeda nacional.

O período correspondente ao regime militar apresenta já de início a chamada Reforma Financeira de 1964, consubstanciada através da Lei 4.595/1964. Entre outras medidas, transformou a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) em Banco Central do Brasil (BCB) e o seu antigo Conselho em Conselho Monetário Nacional (CMN), que seria presidido pelo ministro da Fazenda e composto por mais oito membros, entre eles os presidentes do Banco do Brasil e do atual Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES). Ao novel Banco Central foram transferidas as competências refe-

rentes ao serviço dos meios de pagamento, exercidas anteriormente pela Caixa de Amortização, e os serviços da CARED e da CAMOB. Ao Banco do Brasil coube a manutenção do seu papel de agente financeiro do governo federal para arrecadação de receitas e pagamento de despesas, com a criação da Conta Movimento.

Além do tocante à regulamentação econômica, foram editados vários outros diplomas visando não somente a uma maior adaptação do Brasil à economia mundial mas também à diretriz do “milagre econômico”, objetivo central do governo federal na época. Entre eles, podemos citar a Lei da Correção Monetária (Lei 4.357/1964), que indexava os débitos fiscais através das ORTNs (Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional), buscando abrandar os efeitos da desvalorização da moeda nacional, antecipando receitas com a finalidade de custear investimentos internos; a Lei do Plano Nacional da Habitação (Lei 4.380/1964), que criava o BNH (Banco Nacional da Habitação), visando à criação de empregos na construção civil com o financiamento direto à população para a aquisição de imóveis residenciais, em uma tentativa de amainar os efeitos da recessão econômica então presente; a Lei do Mercado de Capitais (Lei 4.728/1965), com o objetivo de incentivar a dinamização da poupança interna em títulos mobiliários, que até então eram concentrados em imóveis de renda e reserva de valor, visando suprir a carência da crescente demanda por crédito e popularizar os investimentos dessa modalidade; a Lei da CVM (Lei 6.385/1976), que criava a Comissão de Valores Mobiliários, entidade que fiscalizava o mercado de capitais; e a Lei das S.A. (Lei 6.404/1976), que visava modernizar a regulamentação das sociedades anônimas e do mercado acionário e de valores mobiliários no Brasil.

Tal período foi marcado por um amplo debate entre a escola econômica desenvolvimentista, capitaneada pelo economista paraibano Celso Furtado, e a corrente estruturalista neoliberal, cujos maiores expoentes foram Eugênio Gudín Filho, Roberto Campos e Otávio Gouveia de Bulhões.

Celso Furtado foi membro efetivo da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), sendo o primeiro teórico nacional a tecer um estudo sistemático da economia brasileira que serviu de base para a adoção dos rumos da economia nacional por várias décadas, traçando em sua obra um quadro histórico das etapas da economia nacional. Defendia a ideia de que o subdesenvolvimento dos países da América Latina não era uma etapa a ser necessariamente atravessada ao caminho do

desenvolvimento econômico e social, mas resultado de políticas externas dos países centrais aplicadas sobre a periferia, e que o processo inflacionário dos países subdesenvolvidos era devido, em grande parte, às medidas protecionistas e predatórias dos países desenvolvidos, bem como às buscas das elites brasileiras pelo ganho fácil. Sua preocupação era basicamente com a produção e distribuição da renda interna como fator primordial de desenvolvimento, defendendo, para isso, uma atuação maior do Estado na tributação do consumo conspícuo para elevar a renda *per capita* nacional, bem como a implementação da reforma agrária, uma vez que a estrutura agrícola arcaica, além da tendência ao consumo de luxo pelos grandes proprietários, não permitia a formação de poupança nem os investimentos para modernização e aumento da produção (OLIVEIRA; GENNARI, 1999, p. 338-347).

O advento do Governo Militar fez com que, por motivos óbvios, tais ideias não fossem prestigiadas. Nesse período, surge como grande arauto da economia nacional o mato-grossense Roberto Campos. Estruturalista de postura conservadora, pautou sua teoria no sentido de que existe uma incompatibilidade entre desenvolvimento econômico e distribuição de renda, devendo ser o primeiro colocado como objetivo principal em detrimento do segundo. Para ele, a distribuição de renda como fator de crescimento é uma ilusão, pois o desenvolvimento econômico, uma vez concretizado, por si só causaria um desequilíbrio social tolerável. O bolo deveria crescer primeiro para depois ser repartido. A divisão de renda em um país subdesenvolvido seria apenas coletivizar ainda mais a miséria social. O processo de industrialização visto no país a partir da década de 1950 seria, para ele, uma arrancada em direção ao desenvolvimento, que, aliado à expansão da infraestrutura, da produtividade agrícola e das exportações, teria seu destino fatalmente alcançado (OLIVEIRA; GENNARI, 1999, p. 347-356). Defensor da estabilidade institucional, foi um dos mais influentes nomes, não apenas na economia como também na política nacional a partir da década de 1960, fornecendo as bases teóricas para a institucionalização da pragmática político-econômica do período militar e como um dos mais ardentes defensores do neoliberalismo após a abertura democrática.

O neoliberalismo nacional, a propósito, teve em Eugênio Gudin Filho seu grande expoente. Engenheiro de origem e articulista de economia na imprensa carioca, acompanhou de perto todas as transformações na economia nacional no século passado. Combatente direto das ideias desenvolvimentistas do perí-

do do governo de Getúlio Vargas, era contrário a qualquer tipo de intervenção estatal na economia, pois sua prática desfavorecia a concorrência e o incremento da produção, já que aumentava o preço final ao consumidor. Defendia, também, a substituição da matriz agrícola como mola propulsora da economia externa nacional, uma vez que se tratava de um setor da economia de desenvolvimento arcaico e sujeito a intempéries e variáveis fora do domínio humano. Crítico mordaz das intervenções estatais nos setores energéticos, como petróleo e energia, e de infraestrutura, defendia a administração destes pela iniciativa privada. Era favorável à ideia de que um nível de tributação superior a 20% seria de natureza confiscatória e impediria o desenvolvimento dos setores produtivos. Combatia também a implementação de uma reforma agrária, sob a alegação de que o desenvolvimento do setor primário dependia, sobretudo, do nível educacional, de saúde e de políticas de crédito e assistência técnica. Contrário às leis trabalhistas e ao aumento de salários, que considerava possível apenas quando o aumento na produção assim possibilitasse, o que passava a ser fator de desencadeamento do processo inflacionário (OLIVEIRA; GENNARI, 1999, p. 363-369).

Outro grande discípulo das ideias de Gudín foi Otávio Gouveia de Bulhões, contemporâneo de Roberto Campos na atividade burocrática durante o período militar. A dupla foi a grande responsável pela criação do Banco Central do Brasil, que descentralizou do Banco do Brasil os papéis de fiscalização e direção da política econômica nacional; pela implementação do instituto da correção monetária, com a criação das ORTNs e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) como fator de poupança interna. Criou o Conselho Monetário Nacional e, no campo tributário, editou o atual Código Tributário e foi o responsável pela criação do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), como instrumento de direcionamento da política de preços (OLIVEIRA; GENNARI, 1999, p. 372-374). Seu pensamento teórico preconizava o Estado Mínimo e o fortalecimento das corporações, através de processos de fusões e concentrações, como instrumento de condução ao desenvolvimento.

O período militar foi marcado por uma fase inicial que, além da reforma financeira, trouxe também as reformas tributária, que culminou com a edição do Código Tributário Nacional, e cambial, além de uma política salarial restritiva, visando o combate à inflação crescente. Nota-se, no período entre 1968-1973, uma fase de crescimento vigoroso do Produto Interno Bruto, em índices superiores a 10% anuais, caracterizando o período conhecido como “milagre econômico”, caracterizado pela busca do cres-

cimento através de reformas estruturais e crescente endividamento externo.⁸

Tal modelo entrou em curva descendente nos dez anos finais do regime, principalmente devido à retomada do crescimento da inflação e da dívida externa nacional, culminando, no início dos anos 1980, em um período marcado um forte desequilíbrio fiscal e no balanço de pagamentos, além da já referida espiral inflacionária (GIAMBIAGI et al., 2016, p. 74). Tais aspectos, combinados com a própria deterioração política do modelo centralizador então vigente, fizeram com que a chamada transição democrática fosse marcada por um momento de alta instabilidade econômica.

1.2 O Sistema Nacional do Crédito Rural e o posterior desenvolvimento das políticas de fomento ao agronegócio

O período de auge do fomento agrícola no Brasil ocorreu a partir da década de 1960, com a implementação da política de crédito rural com a criação do Sistema Nacional do Crédito Rural (SNCR), em 1965. Tal iniciativa impulsionou a produção agrícola nacional.

Nos anos 60, a produção agrícola apresentou melhor desempenho do que na década anterior, sendo que a maior parte dos produtos exportáveis e de mercado interno cresceram mais do que a população nacional, na época em torno de 3% ao ano. De outra parte, a economia brasileira, nessa década, ficou mais aberta ao exterior, com aumento das exportações de produtos agrícolas industrializados. No final da década, a situação do mercado internacional estava favorável. Os preços dos insumos e dos bens de capital estavam em declínio, e os preços agrícolas, em alta. Isso mostrava o acerto da política agrícola que estava sendo adotada (LUCENA; SOUZA, 2001, p. 181-182).

⁸ “Taxas de crescimento da ordem de 11% ao ano por seis anos consecutivos já mereceriam a designação de ‘milagre econômico’. A façanha da economia brasileira neste período foi ainda mais surpreendente porque tal ritmo de crescimento foi acompanhado de queda da inflação (embora moderada) e de sensível melhoria do BP (balanço de pagamentos), que registrou superávits crescentes ao longo do período. O termo ‘milagre’ se justifica ainda mais neste caso em, razão de duas relações macroeconômicas bastante conhecidas: (1) a relação direta entre crescimento e inflação (ou inversa entre desemprego e inflação, no original), retratada na Curva de Phillips; e (2) a relação inversa entre crescimento econômico e saldo do BP, retratada em diversos modelos de macroeconomia aberta, que ressaltam o ‘dilema’ da política econômica entre o equilíbrio interno (rumo ao pleno emprego) e externo” (GIAMBIAGI et al., 2016, p. 62-63).

A tendência de crescimento perdurou por durante boa parte da década seguinte. A conjunção de preços internacionais em patamar favorável com uma política agrícola de altos subsídios gerou um aumento nas exportações de produtos como soja e café. Outro fator que contribuiu para o aumento da produção foi a crise internacional do petróleo, que justificou o apoio governamental intenso na produção de álcool combustível.

Ao longo de toda a década de 70, as taxas nominais de juros do crédito rural ficaram abaixo da taxa de inflação. Nesse período, o crédito rural foi o responsável pelo desenvolvimento do setor agrícola, o que pode ser explicado pelos substanciais subsídios ao crédito rural. Até 1975, os empréstimos eram a juro zero, com três anos de carência e cinco anos para pagar. A fase de declínio do crédito rural se iniciou em dezembro de 1979, aumentando as taxas de juros, que se tornaram mais altas do que a taxa de inflação, reduzindo a demanda de crédito.

As taxas de juros passaram a ser ajustadas por um coeficiente aplicado à correção monetária. Com o segundo choque do petróleo, em 1979, aumentou o desequilíbrio da balança comercial. A taxa de inflação passou de 77,2% ao ano em 1979 para 110,2% em 1980, reduzindo os subsídios implícitos nos empréstimos rurais.

Em função do crédito subsidiado, a agricultura cresceu cerca de 66% na década de 70. Isso também foi explicado pela abertura de novos mercados externos, assim como pelo crescimento da demanda internacional e do crescimento do próprio mercado interno. Esse crescimento teve dois aspectos. Primeiro, pela evolução dos preços internacionais de produtos agrícolas e pela política de crédito rural subsidiado; segundo, a partir de 1979, pela deterioração da política de crédito rural, provocada pelos desequilíbrios macroeconômicos internos (LUCENA; SOUZA, 2001, p. 182).

A alta inflação da década de 1980 reduziu as facilidades do crédito rural. O modelo de operação anterior, no qual a verba era disponibilizada em depósitos bancários à vista, foi desbancado pela crise, que não permitia que o dinheiro ficasse parado em conta-corrente. Os recursos, antes ilimitados, passaram a ficar condicionados a disponibilidades orçamentárias do governo. Dadas as dificuldades na oferta do crédito rural, a nova modalidade de incentivo passou a ser a fixação de preços mínimos para a compra de produtos agrícolas.

Em 1981, o Governo introduziu novas mudanças na política agrícola. A principal foi a adoção de limites ao crédito para custeio, que passaram a refletir apenas parte dos custos variáveis; a

cobertura do seguro rural foi reduzida para apenas 80% do valor financiado. Houve, também, mudanças das taxas de juros; os créditos para investimento e comercialização passaram a receber as mesmas taxas de juros de mercado, praticadas no resto da economia.

Em 1982, estabeleceu-se a vinculação das taxas de juros à variação do INPC. Os encargos financeiros aplicáveis ao crédito rural passaram, a partir daí, a incorporar correção monetária com percentuais variáveis das ORTNs.

Em 1983, ainda com os resultados negativos da política de contenção do déficit público, veio a decisão do Governo de aumentar os encargos financeiros do crédito rural e de eliminar os subsídios embutidos nas taxas de juros cobradas. Essas intenções se concretizaram quando se estabeleceram novas regras de indexação para os anos de 1983, 1984 e a partir de 1985. Em 1983, foi introduzida uma taxa de juros de 3% ao ano, mais 85% da variação das ORTNs. Em 1984-1985, a taxa de juros cobrada tornou-se positiva, pela primeira vez, desde a criação do SNCR (3% ao ano mais variação integral das ORTNs) (LUCENA; SOUZA, 2001, p. 183).

A produção agrícola, assim como toda a atividade produtiva nacional, sofreu com os seguidos planos de estabilização econômica e combate da inflação implementados a partir da segunda metade da década de 1980. As exportações baixaram de maneira significativa, gerando um colapso na atividade primária no país.

Na segunda metade da década de 80, as exportações agrícolas entraram em crise. Elas se reduziram de US\$ 5,089 milhões em 1985 para US\$ 2,985 milhões em 1990 (-41,3%), correspondendo à queda de participação no total de 19,8% para 9,5% no mesmo período. Caíram as participações de todos os grupos de produtos agrícolas nas exportações totais. Novamente, esse mau desempenho se deveu à redução das exportações de café e de seus derivados, cujos valores passaram de US\$ 2,487 milhões em 1985 para US\$ 1,190 milhões em 1990. Em toda a década de 80, a queda das exportações agrícolas foi de 31,2%, correspondendo à redução nas exportações totais de 21,6% em 1980 para 9,5% em 1990. Porém, como se viu, a crise ocorreu mesmo na segunda metade dos anos 80. A expressiva redução das exportações agrícolas nas exportações totais, sobretudo entre 1985 e 1990, deve-se à crise econômica e aos sucessivos planos de estabilização, que penalizaram o setor agrícola (LUCENA; SOUZA, 2001, p. 188).

A partir dos anos 1990, as políticas agrícolas vigentes no Brasil mostram uma redução da intervenção estatal no financiamento

rural. Alternativas com capital não governamental são apresentadas de modo a amparar o produtor. A Lei nº 11.076, de 30 de dezembro 2004, veio a consagrar essa tendência, com a instituição de novos instrumentos de política agrícola e títulos de crédito especialmente desenvolvidos para financiar o agronegócio, com o objetivo de criar uma via de contato entre a crescente demanda de crédito dos produtores e a oferta de recursos pelos investidores urbanos, desde pequenos poupadores até grandes fundos de pensão, permitindo que estes possam financiar de forma competitiva a atividade rural em complemento ao crédito rural oficial (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO, 2017). Tal direcionamento na política de financiamento acabou também por gerar um movimento de crescente descentralização do aporte de recursos através do Banco do Brasil e a pulverização do fomento pelas demais instituições financeiras, a fim de aumentar a competitividade no setor.

Nota-se, portanto, uma tentativa de adaptação da atividade primária nacional ao novo cenário internacional, tanto por parte dos produtores quanto do governo, buscando a descentralização das fontes de recursos para o financiamento da produção e o incremento do apoio governamental em reformas de infraestrutura para o escoamento da produção para a satisfação dos mercados interno e internacional.

1.3 Instrumentos atuais da política agrícola no Brasil

O crédito agrícola pode ser empregado em diversos elementos da cadeia produtiva. Geralmente é utilizado para custeio (compra de insumos), investimento (compra de máquinas, bovinos, reflorestamento etc.) e comercialização (descontos de promissórias, duplicatas rurais e transporte de produtos). Com o surgimento e institucionalização da política do crédito rural, notório foi o desenvolvimento da agricultura comercial, gerando crescimento do PIB, ingresso de divisas, redução do déficit comercial e abastecimento interno.

Na atualidade, as principais políticas do Estado para o incentivo das atividades agropecuárias são linhas de crédito (para investimento, custeio e comercialização), apoio à comercialização e seguro agrícola. As modalidades de crédito visam investir na modernização tecnológica da agricultura brasileira, no custeio do plantio (especialmente de produtos essenciais, como soja, trigo, milho, entre outros) e na garantia de venda. O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) e o Programa de Geração de Emprego e Renda (Proger) beneficiam respectivamente peque-

nos e médios produtores com taxas de juros mais amenas do que as aplicadas para os grandes latifúndios. O crédito para comercialização objetiva auxiliar o produtor na venda durante a entressafra ou para antecipar o valor que seria obtido mediante a entrega do produto para investimentos como novos plantios ou compra de maquinário.

O apoio à comercialização dos insumos agrícolas tem como objetivo reduzir os efeitos das oscilações do mercado para o produtor rural. Um dos instrumentos utilizados com essa finalidade é a garantia de preço oferecida pelo governo federal: os preços são fixados antes do plantio de modo a orientar a produção. Em casos de supersafras, o Governo pode realizar a compra da mercadoria excedente, de modo a impedir uma queda acentuada dos preços. Como essa conduta é, atualmente, menos usual, uma alternativa a ela é o Prêmio por Escoamento de Produto (PEP). Através desse sistema, o Governo paga um prêmio ao comprador que adquirir os produtos em excesso no mercado. Há também o Contrato de Opção de Venda de Produtos Agrícolas. Este permite ao agricultor ou à cooperativa vender por preços preestabelecidos, com o valor fixado na época do contrato. Esses contratos são oferecidos pelo governo em leilões públicos de bolsas de mercadorias. Já a Cédula do Produtor Rural (CPR) é um título que pode ser emitido por produtores ou cooperativas e tem a liquidação vinculada à entrega física da mercadoria.

O Seguro Agrícola tem como principal política o Programa de Garantia da Atividade Rural (Proagro). Esse programa tem como objetivo segurar os riscos do crédito rural. Toda a normatização e regulamentação do crédito rural e de seus instrumentos de implementação compete ao Conselho Monetário Nacional. Sua atuação consiste na definição de termos, prazos, juros e demais condições a serem aplicadas pelas instituições financeiras concessivas dos valores destinados ao financiamento da atividade primária.

O Brasil indiscutivelmente ocupa lugar de destaque no cenário mundial do agronegócio, apresentando como grande força mestra de seu impulso ao desenvolvimento a produção primária, sendo uma das grandes potências mundiais no setor, sobretudo no tocante à produção agrícola, pecuária e de combustíveis renováveis. O Brasil é um dos raros exemplos mundiais de país que consegue suprir a demanda interna de alimentos e combustíveis orgânicos e, ao mesmo tempo, apresenta o maior crescimento mundial na produção de excedentes. Além disso, apresenta ainda um potencial de incremento da área cultivável, o que é extremamente raro em outros países.

De acordo com o Plano Agrícola e Pecuário 2017-2018, traçado pelo Governo Federal e apresentado ao público através do Mi-

nistério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, a meta traçada para o período é a de superar a produção conquistada no período anterior, a ponto de se igualar aos números da Safra 2014-2015. Para pôr em prática a sua política de agronegócio, destinou, para a safra 2017-2018, R\$ 188,3 bilhões, sendo 79% desse valor disponibilizados a juros controlados. Do montante total, R\$ 150,2 bilhões foram direcionados para o custeio e comercialização da safra⁹, e o restante foi para a aplicação de políticas complementares de apoio à produção primária, através de Linhas e Programas de Financiamento de Investimento Agropecuário, como o Programa ABC (introdução de novas culturas, como oliveiras e nogueiras) e ampliação dos programas Inovagro, Moderfrota e Seguro Rural (PSR) (MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO, 2017).

Por sua vez, o Plano Safra da Agricultura Familiar, administrado pela Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, cujo principal instrumento de atuação se dá através do Pronaf, conta com o aporte de R\$ 30 bilhões em recursos públicos, sendo R\$ 6,2 bilhões destes destinados à modalidade investimento, através do Programa Pronaf Mais Alimentos, sendo o restante direcionado para o custeio da atividade produtiva através de vários outros programas, tais como Seguro da Agricultura Familiar, Garantia-Safra, Apoio ao Cooperativismo, à Comercialização e à Produção das Mulheres Rurais e Plano Nacional de Juventude e Sucessão Rural.

2 O delito de obtenção fraudulenta de financiamento – artigo 19 da Lei 7.492/1986

2.1 Análise estrutural do tipo incriminador

Entrando especificamente na seara de proteção ao Sistema Financeiro Nacional, o legislador elegeu como uma das condutas lesivas passíveis de repreensão pelo sistema penal a obtenção de financiamentos com origem em recursos governamentais de maneira fraudulenta.

Tendo-se por base que o bem jurídico protegido pela Lei 7.492 é a higidez do Sistema Financeiro Nacional e da ordem econômica interna, a proteção trazida pelo artigo 19 se destina primordialmente ao combate ao desvirtuamento, sobretudo acerca do público-alvo, para a obtenção de recursos governamentais destinados ao fomento das atividades rural, comercial e industrial, com recur-

⁹ Através das linhas de crédito PRONAMP, FUNCAFÉ, Fundos Constitucionais, Estocagem de Alcool, LCA e recursos livres.

sos fornecidos por agentes estatais ou, em caso de instituição financeira privada, que seja esta mera intermediária no repasse de recursos de origem pública (BALTAZAR JÚNIOR, 2014).

Já se encontra superada a questão atinente à constitucionalidade de seu dispositivo, quando muitos alegavam se tratar, indiretamente, de prisão por dívida. Entretanto, a jurisprudência consolidou entendimento de que tal conduta se trata de uma modalidade especial de estelionato, cujo objeto de tutela penal é a própria credibilidade do sistema financeiro, visando assegurar que os reais beneficiários da concessão do dinheiro público venham a obter tais valores a fim de fazer valer as finalidades dos programas de fomento agrícola governamentais.

É crescente a tendência jurisprudencial, sobretudo a emanada das Cortes Superiores, no sentido de considerar a configuração do tipo penal quando se tratar não apenas de verbas de origem pública mas também das disponibilizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional com destinação específica, mesmo que de natureza integralmente privada, sendo este o elemento diferenciador do estelionato comum, previsto no artigo 171 do Código Penal.¹⁰

No mesmo sentido, nota-se uma cada vez mais crescente aplicação de tal dispositivo, sobretudo na incriminação por aplicação indevida nos financiamentos rurais destinados ao pequeno e médio produtor agrícola (Pronaf e Pronimp), bem como nas linhas de crédito que visam beneficiar pequenas e médias empresas e indústrias (Proger).

2.2 Análise da conduta delituosa – Do complemento da norma penal em branco do tipo incriminador

O artigo 19 da Lei 7.492/1964 apresenta como verbo nuclear do tipo o verbete *obter*, compreendido na doutrina mais festejada como alcançar ou conseguir algo que se deseja.

Ao contrário da previsão do artigo 20, que no caso se refere a um crime cometido *a posteriori*, a conduta delituosa não está no desvio dos valores obtidos de modo fraudulento, mas sim se trata de um delito formal, de consumação instantânea. Os estudos elaborados para a concessão do financiamento, nesse caso, partem de uma premissa equivocada, consubstanciada em elementos irreais fornecidos à instituição financeira ou ao órgão oficial de intermediação dos recursos do financiamento. Sua consumação se dá no momento da assinatura do contrato.

¹⁰ AgRg nos EDcl no REsp 1317791 / PR, CC 140184 / SP e CC 140381 / PR.

Outro fator que merece destaque é a possibilidade do concurso material com a conduta descrita no já citado artigo 20. O desvio ou aplicação dos recursos obtidos fraudulentamente em finalidade diversa da estipulada em lei ou contrato não se consubstancia em mero exaurimento do crime, mas sim se trata de uma conduta autônoma, uma vez que para a consumação do crime do desvio, os estudos e requisitos necessários para a concessão do benefício podem ser provenientes de elementos verdadeiros e comprováveis.

Cabe ainda o registro de que se trata de norma penal em branco, cujo preenchimento, segundo a doutrina, se faz com as disposições legais do programa no qual é fornecido o financiamento. Tal aspecto tem ligação intrínseca com os aspectos relativos às normas de *compliance* a que estão sujeitas as instituições financeiras responsáveis pela administração dos fundos destinados ao fomento da atividade agrícola.

2.3 O Pronaf e as fraudes para a obtenção de financiamentos oriundos do programa

O fomento à agricultura de pequeno porte, também conhecida como agricultura familiar, conforme descrito anteriormente, ganhou impulso significativo por parte dos Governos Federal e Estaduais a partir do início da década passada.

Consequência natural do incremento a tal nicho da produção primária foi o aumento exponencial dos casos de fraudes na obtenção de valores oriundos das linhas de crédito governamental, vinculados sobretudo ao Pronaf, nas mais diversas regiões do país.

Segundo as regras atinentes ao referido programa governamental, está definido que “são beneficiários do Pronaf as pessoas que compõem as unidades familiares de produção rural e que comprovem seu enquadramento, mediante apresentação da Declaração de Aptidão ao Pronaf (DAP)”.

E é justamente no fornecimento da referida declaração que se concentra a maior parte das fraudes perpetradas. Segundo informações disponibilizadas pelo Banco Central do Brasil, trata-se de documento que deve ser fornecido por agentes credenciados pela Secretaria Especial de Agricultura Familiar e Desenvolvimento Agrário (SEAD), a ser elaborado para a unidade familiar de produção, abrangendo todos os seus constituintes. Assim, trata-se de documentação de caráter coletivo, a ser obtida perante entidades terceirizadas.

Segundo dados fornecidos pelo referido órgão estatal, somente no que se refere ao Estado do Rio Grande do Sul, a quan-

tidade de DAPs por Entidade Emissora em vigor até 31 de dezembro de 2014 era a seguinte:

Entidade	Qte de DAPs
Confederação Nacional dos Trabalhadores Rurais na Agricultura – CONTAG/FETAG	153.947
Entidades de ATER – EMATER	153.492
Federação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura Familiar – FETRAF	11.404
Associação Nacional de Pequenos Agricultores – ANPA	9.072
Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil – CNA / FARSUL	8.032
Secretaria de Reordenamento Agrário	2.440
Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária	1.834
Entidades que deixaram de emitir	723
Total	340.944

Cabe ainda registrar que a DAP válida, ou seja, apta para a efetivação do beneficiário junto ao Programa, é aquela cujos dados utilizados no processo de identificação e qualificação das Unidades Familiares de Produção Rural passaram por análise de consistência assecuratória da condição de agricultora familiar. A DAP somente é considerada válida se assinada e posteriormente encaminhada ao órgão estatal regulamentador do Programa, que posteriormente disponibiliza os documentos validados para o Banco Central do Brasil e para o Banco do Brasil, instituição financeira intermediária dos recursos. O acompanhamento do *iter* percorrido durante essas etapas pode ser consultado através do sistema Extrato da DAP, junto ao site da Secretaria Especial de Agricultura Familiar e Desenvolvimento Agrário¹¹. São consideradas ratificadas e homologadas as DAPs que não tiverem seus registros de bloqueio incluídos na base de dados do referido órgão até o dia 30 de abril de cada ano.

A partir de abril de 2017, várias alterações foram trazidas na regulamentação atinente à emissão e validade das referidas declarações por parte do órgão regulamentador, através da edição das Portarias SAF 01/2017 e SEAD 234/2017, que alteraram as disposições das Portarias SAF 26/2014 e MDA 21/2014, respectivamente. Entre as principais modificações estão a redução do pra-

¹¹ Disponível em: <<http://smap14.mda.gov.br/extratodap/>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

zo de validade das referidas Declarações de três para dois anos, a possibilidade de suspensão das DAPs para fins de averiguação das informações prestadas e a regulamentação da emissão das DAPs para as Cooperativas Centrais de produtores.

A fiscalização dos requisitos necessários para a concessão dos financiamentos do referido programa cabe à instituição financeira intermediária dos recursos. É justamente nesse tópico que se encontra o ponto de contato entre o Direito Penal e as normas de *compliance* regentes do Sistema Financeiro, uma vez que é indiscutível a responsabilidade dos prepostos de tais entidades pela verificação dos requisitos e dos controles atinentes à administração dos fundos públicos que lastreiam o programa. Evidentemente que a original responsabilidade estatal pelo controle de seus atos foi, nesse caso, repassada aos agentes financeiros.

Assim, à guisa de conclusão, a jurisprudência também apresenta como pacífica a possibilidade de incriminação dos funcionários responsáveis pelo exame dos requisitos necessários para a concessão do financiamento como coautores da conduta delitiva.

Conclusão

Finalize-se o presente ensaio com a propositura de tópicos para reflexão e discussão acerca do tema tortuoso do sigilo bancário.

A relevante posição dos Bancos na sociedade capitalista globalizada pode ser atribuída, entre diversos outros fatores, à dinamicidade e eficiência com que essas instituições aprimoram seus processos, produtos e operações, em consonância com as necessidades de seus clientes e dentro da expectativa do seu segmento econômico de atuação, maximizando resultados e, por consequência, a rentabilidade almejada por seus proprietários e acionistas.

No entanto, tamanha importância traz consigo altos encargos de responsabilidade social. O gigantismo das instituições bancárias, bem como seu alto grau de (inter)dependência, deixa transparecer que as instituições financeiras não podem ser tratadas à margem da regulamentação estatal, cabendo encontrar pontos de equilíbrio entre a manutenção dos princípios da livre-iniciativa e do Estado Social e Democrático de Direito na atuação deste como agente regulador.

Neste ensejo, a superação da visão de *compliance* como mero pilar de política de “boas práticas de Governança Corporativa” para uma verdadeira função no âmbito das empresas pode repre-

sentar importante ferramenta para a gestão dos riscos a que os bancos estão expostos, especialmente no que tange ao risco legal, ao risco de mercado e ao risco de imagem, ao tempo em que uma de suas bases é a disseminação da cultura da atuação da empresa em conformidade com leis e normas regulamentares.

De outro modo, ao se analisar a conceituação e estrutura do Sistema Financeiro Nacional, ficou demonstrado que, primeiramente, o referido sistema, assim como todo o mercado financeiro brasileiro, é de remoto desenvolvimento, cenário comum a praticamente toda a América Latina. Devido à grande influência religiosa resultante de séculos de dominação colonial ibérica, os conceitos básicos de uma economia de mercado capitalista não estão ainda solidificados, gerando uma indeterminação na delimitação de um bem jurídico a ser tutelado penalmente.

Concluimos também que a evolução legislativa do Sistema Financeiro Nacional apresenta falhas históricas. As leis que ainda hoje regem o complexo sistema econômico brasileiro tiveram sua origem durante o regime militar, quando a tônica era a elaboração legislativa por técnicos não especializados nas ciências jurídicas, sendo eles, em sua maioria, economistas. Isso levou a inconsistências estruturais gritantes da citada legislação.

A Lei 7.492, de 16 de junho de 1986, é um exemplo claro desse cenário. Sua elaboração foi impulsionada por um momentâneo clamor popular resultante de escândalos financeiros reiterados, repercutidos amplificadamente pelos meios de comunicação de massa. Propostas legislativas sérias, elaboradas pelas mais diversas fontes íntegras, foram desconsideradas. Foi aprovada, no entanto, uma legislação abolida da mais correta técnica, cujo caráter foi descrito pelo então Presidente da República como emergencial, dotada de imperfeições e carente de novos melhoramentos. O referido texto legal surgiu como resultante de um processo legislativo dirigido por técnicos carentes de maior traquejo jurídico. Trata-se de um emaranhado de regras unidas em uma só unidade legislativa e de existência condenável ante a Ciência Penal, muito embora seja algo comum na legislação pátria. No que concerne à análise conceitual do crime de obtenção de financiamento ligado à produção primária, nota-se o mesmo cenário.

Deste cenário, exsurge o *compliance* como instrumento de controle de condução privada de políticas públicas, com a adoção de práticas preventivas que busquem evitar a realização de condutas criminosas, por meio da disseminação de uma “cultura de *compliance*” nos mais diversos pilares das instituições financeiras (do “chão de fábrica” ao “board”).

Ainda, no caso dos atores do Sistema Financeiro Nacional, deve-se considerar a possibilidade de utilização dos serviços e operações disponibilizados por estes para a consecução de atos ilícitos, como, no caso, o delito objeto deste estudo, que igualmente pode gerar consideráveis prejuízos à empresa pela incidência de multas administrativas e não raro a responsabilização de gestores como partícipes de condutas criminosas. Destaque especial merece a necessidade de controle das contratações de financiamentos através do Pronaf, devido à sua pulverização entre agricultores de pequeno porte, de cunho predominantemente familiar, uma vez que, por mais que os valores em operações particularizadas não alcancem montantes financeiros consideráveis, em um contexto amplo movimentam um significativo percentual da receita orçamentária nacional.

Resta claro que o estudo de um tema dotado de tamanha complexidade não se esgota, em absoluto, nas observações aqui traçadas. As constatações encontradas neste pequeno artigo podem ser consideradas apenas como um ponto de partida para novas análises do Sistema Financeiro Nacional como bem jurídico merecedor de tutela penal, bem como seu papel dentro do sistema de garantias trazido pela Constituição Federal, apontando suas inconsistências visando buscar elementos concretos de discussão para o aprimoramento e enriquecimento da literatura sobre o tema.

Referências

- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DIRETORIA DE MARKETING E COMUNICAÇÃO DO BANCO DO BRASIL. **Banco do Brasil: 200 anos – 1964-2008 – Livro 2**. Belo Horizonte: Del Rey, Fazenda Comunicação & Marketing, 2010a.
- _____. **História do Banco do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, Fazenda Comunicação & Marketing, 2010b.
- FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- GIAMBIAGI, Fábio et al. **Economia brasileira contemporânea (1945-2015)**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.
- LUCENA, Romina Batista; SOUZA, Nali de Jesus. Políticas agrícolas e desempenho da agricultura brasileira: 1950-00. **Indicadores econômicos FEE**, Porto Alegre, v. 29, n. 2, 2001, p. 180-200.
- MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. Secretaria de Política Agrícola. **Plano Agrícola e Pecuário 2017-2018**. Brasília: Mapa/SPA, 2017.

OLIVEIRA, Roberson de; GENNARI, Adilson Marques. **História do pensamento econômico**. São Paulo: Saraiva, 1999.

PEREIRA, Lutero de Paiva. **Financiamento rural**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009. (Coleção Direito do Agronegócio).

Formação do direito privado moderno. Codificação e sua ideologia. A "descodificação" e a "era dos estatutos". Repercussões jurídicas

José Gabriel Boschi

Especialista em Direito dos Negócios

pela Unisinos/RS

Mestre em Direito Civil pela PUCRS

RESUMO

O presente artigo pretende analisar o surgimento do direito privado moderno, sua origem e influência no sistema jurídico europeu e também na América Latina. Neste trabalho serão abordados, de forma breve, os componentes históricos, sociais, políticos e econômicos que acompanharam a evolução do direito privado a partir do seu surgimento até o seu momento de codificação. Antes, de forma introdutória, será exposto breve cenário social, político, econômico e jurídico da idade média, antecedente histórico da Era Moderna. No exame do surgimento do direito privado na Modernidade, serão expostos os pensamentos de autores e obras jurídicas mais importantes no processo de codificação europeu, em especial na França e na Alemanha, apontando-se críticas ao modelo de codificação, sobretudo por conta da influência que determinada classe social pode exercer sobre o processo de consolidação de leis em um país. Após, ingressa-se no estudo do momento histórico seguinte, representado na era das decodificações, em que inúmeras leis especiais passam a tratar de assuntos antes afetos aos códigos civis ou comerciais europeus e latino-americanos. A hiperinflação legislativa e a reflexão sobre seus efeitos encerram o presente trabalho.

Palavras-chaves: Direito Privado moderno. Codificação. Descodificação. Novos estatutos.

ABSTRACT

This article aims to analyze the emergence of modern private law, its origin and influence in the European legal system and also in Latin America. This paper will briefly discuss the historical, social, political and economic components that accompanied the evolution of private law from its emergence until its codification. Before, in an introductory way, a brief

social, political, economic and juridical scenario of the middle ages, historical antecedents of the Modern Era will be exposed. In examining the emergence of private law in modernity, the thoughts of authors and more important legal works in the European codification process, especially in France and Germany, will be presented, pointing to criticisms of the codification model, mainly due to the influence that determined social class can exert on the process of consolidation of laws in a country. He then embarked on a study of the following historical moment, represented in the era of decodification, where numerous special laws deal with subjects formerly related to European and Latin American civil or commercial codes. Legislative hyperinflation and the reflection on its effects conclude the present work.

Keywords: Modern Private Law. Codification. Decoding. New statutes.

1 O fim da Idade Média e o início da Idade Moderna. O surgimento do direito privado

Antes de se iniciar o exame da formação do direito privado moderno, é necessário tecer breves linhas introdutórias sobre os seus antecedentes históricos, para melhor compreender a própria noção de “privado” e de “moderno”.

Assim, antecede à Modernidade, na história, o período conhecido como Idade Média, que se dividiu em Alta Idade Média e Baixa Idade Média. A Alta Idade Média tem seu início com a queda do império do Ocidente, século V, e perdura até XI, quando então se inicia o período histórico anterior à Modernidade, chamado então Baixa Idade Média, que terá o seu declínio no século XV.

A Baixa Idade Média, especialmente o seu fim, e o início da Idade Moderna são períodos históricos marcados por profundas alterações no cenário urbano, político e econômico. É, sem dúvida, um período novo, de renascimento, em que os componentes e estruturas sociais irão ressurgir e se reinventar, assentando as bases para a Modernidade que se iniciará.¹

Com efeito, a Baixa Idade Média assiste à crise e ao fim do sistema feudal que imperou em toda a Europa durante séculos anteriores, bem como ao surgimento das monarquias absolutistas europeias. Alguns fatos históricos são determinantes para isso.

Em primeiro lugar, o regime feudal não mais se sustenta com a força de séculos passados. O desenvolvimento agrícola dentro

¹ A respeito disso, veja-se Lima Lopes (2011).

dos seus limites, através da utilização do arado de ferro com rodas, dos moinhos hidráulicos e da atrelagem dos animais à carroça (aumentando a força de trabalho), rompe com a tradição arcaica feudal e cria um aumento exponencial de produção e riqueza.

Essa produção e riqueza serão consumidas por uma sociedade em crescimento populacional, tendo em vista o fim das guerras e epidemias decorrentes das cruzadas, o que vai durar ao menos até o século XIV, quando a peste bubônica (peste negra) dizimou quase um terço da população europeia. Com efeito, com o fim das batalhas no Oriente Médio houve relativa paz e tranquilidade aos povos europeus, gerando aumento da densidade populacional, o que, ao mesmo tempo em que deu vazão à produção agrícola também criou novas rotas comerciais para negociar as riquezas trazidas pelos combatentes, em comércio instaurado em burgos.

Consoante a História relata, ao retornarem das cruzadas, os cavaleiros saqueavam ou se apropriavam de riqueza (ouro, tecidos, temperos, obras de arte, entre outros) por onde passavam (especialmente nas cidades orientais) e comercializavam esses bens no seu regresso à Europa, criando, assim, rotas comerciais e feiras medievais.

O local para a realização desses negócios iniciou-se nas proximidades de abadias, igrejas, mosteiros e outras edificações religiosas, para proteger os comerciantes que ali se instalavam. Com o tempo, passou-se a chamar tais locais de burgos, e, conseqüentemente, de burguesia a classe negociante que ali operava. Outras atividades surgem em meio a esse cenário, como os artesãos, os cambistas (que trocavam moedas e bens por dinheiro) e os banqueiros (que guardavam recursos, emprestavam dinheiro etc.). O sistema capitalista tem ali o seu marco inicial.

O crescimento físico do local e a intensidade dos negócios fizeram com que muitos burgos edificassem muros para sua proteção, o que, com o passar dos tempos, ensejou as cidades muradas europeias. As cidades passaram a atrair aquelas pessoas que antes habitavam a zona rural e o campo.

Naturalmente todas essas transformações implicaram mudança no cenário jurídico, nesta transição da Idade Média para a Idade Moderna.

No regime feudal, o senhor proprietário de terras absorvia a função de legislar (na acepção de editar regras, e não como um poder constituído especificamente para tanto, o que somente irá ocorrer com o fim das monarquias absolutistas, que sucederam o regime feudal), administrar e impor sanção aos infrato-

res. Os camponeses, em troca do trabalho exercido nas terras do senhor, recebiam proteção militar. Havia, nesse contexto, prevalência de normatização das relações jurídicas públicas, com acentuada incidência na cobrança de taxas e tributos e delimitação da propriedade, a qual, aliás, hierarquizava a própria sociedade feudal.

A Igreja organizou-se de forma semelhante ao sistema de domínios da sociedade feudal, ao criar mosteiros, abadias e igrejas fortificadas, as quais funcionavam à semelhança de castelos e vilas feudais. Apoiou a disseminação do feudalismo porque, através da descentralização que ele proporcionava, a manutenção dos domínios eclesiais inalienáveis era facilitada.

A Igreja exercia relevante papel na regulação da vida das pessoas, ao regular muitos assuntos ligados à relação familiar e até aos negócios, coibindo práticas mercantis e limitando contratos.

Com o surgimento dos burgos e do comércio e com a migração das pessoas da zona feudal para as áreas de comércio, houve natural diminuição dos trabalhadores rurais e por isso os senhores feudais obrigaram-se a estimular os servos a permanecer nas zonas de feudo, através da redução de tributos e de estímulo financeiro. Porém, o movimento de urbanização era irreversível na Europa.

Ao mesmo tempo em que o século XI é um marco de declínio do sistema feudal, é também marcado pelo movimento de estudo do direito justiniano ou *Corpus Iuris Civilis*², especialmente

² No século VI o imperador do Império Romano do Oriente (chamado Império Bizantino), preocupado com a decadência do antigo direito romano, no ano de 528 encarregou Triboniano, homem de confiança, de resgatar o direito romano clássico, a fim de preservar aspectos jurídicos relevantes. Triboniano, então, reuniu juristas e cumpriu o encargo compilando com muito esforço a obra em quatro partes. Já no ano seguinte foi publicado o **Codex**, que reunia as “constituições” imperiais, ou seja, o conjunto da “legislação” promulgada pelos antigos Imperadores Romanos, especialmente do Império Romano do Ocidente. Em 533 são publicadas as **Institutas** e o **Digesto**, sendo aquelas uma espécie de manual de Direito, inspirado na obra homônima do jurisconsulto clássico Gaio, destinada aos funcionários graduados do Império, que representavam o poder central junto às províncias do Império Bizantino. O *Digesto* (designação latina, ou *Pandectae* ou *Pandectas*, em grego) reunia os textos dos maiores jurisconsultos clássicos (cerca de 40 autores), através de uma compilação sobre temas jurídicos, buscando uma possível harmonização. A obra é dividida em 50 livros, subdivididos em aproximadamente 1.500 títulos. Por fim, já quando falecido Justiniano, no século IV (565), foi publicada as **Novelas** (ou *Novellae*), obra que reunia a obra legiferante de Justiniano – foram mais de 177 “constituições” imperiais

o Digesto, que se inicia na Universidade de Bologna, na Itália, e estende-se por outras universidades europeias. Nos séculos seguintes, mais precisamente nos séculos XII e XIII, surge a chamada escola de glosadores e, posteriormente, comentadores, o que será conhecido na História também como *mos italicus* e será a base para o *ius commune*, o direito comum, aplicado a toda a Europa nos séculos seguintes.

Com efeito, os glosadores procediam às anotações ao lado do Digesto de Justiniano e buscavam a interpretação e eliminação das ambiguidades do texto, para depois sistematizar a glosa. Não havia, contudo, aplicação aos casos reais, práticos, pois o ensino jurídico era analítico, voltado para a lógica interna dos textos. Diferentemente do tradicional método teológico, que busca o sentido e significado, as glosas procediam à análise de cada palavra, na tentativa de extrair a correta compreensão do texto. No século XIII, pode-se dizer que a compilação justiniana havia sido totalmente glosada, de modo que no século seguinte um novo método inicia-se para estudo e ensino jurídico, com influência determinante até o século XV: os comentaristas, que aprofundaram o método interpretativo do direito romano aos casos contemporâneos de época. A maior intenção era sistematizar o direito romano então glosado, de forma que os comentadores caracterizavam-se por buscar solucionar controvérsias e problemas reais advindos da aplicação do Digesto. Os comentadores tornam possível a convivência da tradição feudal com as novas tendências da vida europeia, reproduzidas no comércio e na monetarização da vida e das obrigações e no direito de terras e sucessão. Podem-se referir como expoentes os comentadores Cino de Pistóia (1270-1336), Baldo de Ulbadis (1327-1400) e principalmente Bártolo de Sassoferrato (1314-1357).

por ele baixadas, inovando o direito anterior. O *Corpus Juris Civilis* é o conjunto das quatro partes da obra de Justiniano e recebe esse nome quando do início do estudo pelas universidades europeias, na Baixa Idade Média. De sua criação até sua redescoberta, ou seja, entre os séculos VI e XI, o *Corpus* não teve quase nenhuma importância no espaço jurídico europeu, em razão da enorme feudalização que se vivia na Alta Idade Média, com acentuada involução jurídica e ausência de estudos jurídicos formais. Naquele período a sociedade, quase que exclusivamente rural, era regida por um direito costumeiro bastante primitivo. Todavia, com a redescoberta dos textos do *Corpus*, com especial destaque para o Digesto, o *Corpus Juris Civilis* veio a ter uma crucial importância para o renascimento do direito. Esse renascimento jurídico inicia no norte da Itália, no século XI, com a fundação das primeiras universidades, e nos séculos seguintes se espalha por toda a Itália e pelos demais países europeus. A respeito disso veja-se Schipani (1996) e Facchini Neto e Haeblerlin (2014).

Aos comentadores sucederam-se, no século XVI, na França, os humanistas, que corrigiram os métodos empregados pelos comentadores, para reaver a pureza dos textos da Antiguidade. A escola humanista chamou-se também escola culta, elegante ou *mos gallicus docendi*. Havia, nos humanistas, atenção à Antiguidade clássica, própria do Renascimento, o que, em se tratando de direito, representou o apego aos textos originais do direito romano. Os humanistas beneficiaram-se com o progressivo fortalecimento das monarquias absolutistas e dos direitos nacionais, o que libertava o direito romano de fins práticos. Assim, consideravam o direito romano a ser estudado como ramo da história do direito, e não como o direito atual e vigente.³

Não se pode furtar a referência à influência do direito romano na Alemanha, através do movimento migratório de alunos alemães para universidades italianas, a partir do século XIII. Os estudantes, quando do retorno à Alemanha, fundaram algumas universidades, como a de Heidelberg, em 1386, a de Colônia, em 1388, a de Wurzburg, em 1402, e a de Leipzig, em 1409, entre outras.

A partir do século XV, a recepção do direito romano na Alemanha acentua-se com mais vigor, o que se justifica pelo aumento das universidades alemãs, pela forte centralização monárquica, o que culminou com o decreto imperial do Imperador Maximiliano I, em 1495, segundo o qual os casos levados ao Tribunal da Câmara Imperial seriam julgados de acordo com o direito comum, isso é, o Direito romano, versado nas universidades.

Consoante se vê, portanto, ao fim da Idade Média o direito privado sofria influência do direito romano, canônico e feudal. O direito romano era o direito comum europeu, fundado nos textos romanos (principalmente o Digesto), a partir, primeiro, do *mos italicus* (iniciado pelos glosadores italianos nos séculos XII e XIII e desenvolvido pelos comentadores ou pós-glosadores nos séculos XIV e XV); passando pelo *mos gallicus* ou “jurisprudência culta” ou “elegante” (desenvolvido pelos juristas humanistas franceses, no século XV), culminando no *mos germanicus* (desenvolvido pelos alemães, de cunho mais racional e sistemático, a partir do século XVII e principalmente no século XVIII). Somente com a consolidação das monarquias absolutistas é que este processo de unificação legislativa ganhará força, até se ultimar nas codificações oitocentistas. Porém, até lá, um grande caminho é percorrido, conforme se passa a expor no próximo item.

³ A respeito disso, veja-se Zweigert e Kötz (1998).

2 A Idade Moderna e o direito privado

A Idade Moderna é o período histórico que se inicia no século XVI e vai até o século XVIII, com profundas mudanças na ordem econômica, política, jurídica e humana dos países ocidentais. Pode-se dizer que a transição do medievo para a modernidade passa pela queda do Império Romano do Oriente (Bizantino), pela reforma protestante e pelo surgimento e consolidação das grandes navegações. Há, assim, novas riquezas advindas da posse, das invenções, do direito do mar, sobre índios e territórios conquistados.⁴

O direito privado, neste contexto, especialmente no surgimento do Estado Moderno, ainda era tratado pontualmente, não era um ramo do direito com formação sistêmica (como não era, aliás, o próprio direito). Não havia unidade uma vez que não havia unidade sequer territorial. Isso muda, paulatinamente contudo, com a consolidação do Estado Moderno e das monarquias absolutistas (que também representam a transição da idade média para a idade moderna). Contudo, ainda que não fosse organizado e sistemático, já não era mais subordinado ou

⁴ Muito do que se comenta, nos dias atuais, sobre importantes acontecimentos históricos do passado refere-se ao período modernista. Assim, entre inúmeros acontecimentos do século XVI, pode-se referir, por exemplo, as pinturas de Mona Lisa por Leonardo da Vinci e na Capela Sistina por Michelangelo; a ocorrência de grandes navegações e descobertas marítimas (assim, os franceses chegam às costas brasileiras; os espanhóis conquistam os astecas no México e os incas no Peru; a expedição de Martim Afonso de Souza marca o início da colonização no Brasil, com a chegada dos primeiros escravos em meados do século: os portugueses aportam em Macau, na China), a primeira universidade é fundada na América Latina, em Lima, no Peru; São Paulo, Salvador e Rio de Janeiro são fundadas no Brasil; Camões publica o clássico *Os Lusíadas* e William Shakespeare publica *Romeu e Julieta*. O século seguinte foi de continuidade do período de pujança nas artes, literatura, do comércio e da ciência. Assim, pode-se referir que no século 1600 William Shakespeare escreve *Hamlet*; Galileu inventa o telescópio; os franceses fundam São Luís, e os holandeses, Recife; o Padre Antônio Vieira chega ao Brasil; Miguel de Cervantes publica *Dom Quixote*, e René Descartes, *O Método*; Thomas Hobbes publica *O Leviatã*; Isaac Newton publica a Lei da Gravidade; a Revolução Gloriosa surge na Inglaterra; entre outros. Por fim, no século XVIII, pode-se referir que se acentuam os conflitos nos territórios conquistados e nas colônias; desenvolvem-se avanços na ciência e, entre outros, Rousseau publica o *Contrato Social*; Luís XVI torna-se rei na França; Goethe escreve *Werther*; início e fim da Guerra da Independência nos EUA; Kant publica *Crítica da Razão Pura*; e finalmente a ocorrência da Revolução Francesa, que marca o fim da Idade Moderna e início da Contemporânea ou Período Liberal. A respeito disso, vejam-se Lima Lopes (2011); Fausto (2012) e Forgioni (2012).

estritamente dependente do direito público, como fora o marco do período medieval e feudalista. Passa-se, agora, a haver uma relação de mútua convivência, sem necessária superioridade de um sobre o outro, sendo este período histórico o momento, aliás, no qual se afirma ter surgido definitivamente a separação própria e conceitual entre estes ramos do direito.

Aos governantes passa a ser relevante o reconhecimento, valorização e disciplina jurídica de relações privadas, ao mesmo tempo em que para a burguesia emergente passa-se a ser relevante, também, a regulação e sistematização de um direito público, não mais sobreposto ao direito privado. Os burgueses ansiavam, neste primeiro momento, de formação e consolidação do Estado Moderno, quando surgiam como classe comerciante dominante, que os governantes os protegessem enquanto classe econômica – através de medidas voltadas ao comércio – bem como enquanto próprios governados – mediante proteção de fronteiras territoriais às invasões vizinhas. Da mesma forma, ao monarca passava a ser interessante um direito privado regulador da atividade mercantil emergente, de modo a poder cobrar com êxito tributos e regular a atividade que surgia.

A respeito disso é a lição de Facchini Neto (2010, p. 41), segundo a qual:

A partir do final da I. Média, com a formação do Estado Moderno, há uma nova interpretação entre o direito público e o direito privado, com uma funcionalização do poder público ao privado (pois interessava à burguesia emergente o fortalecimento da monarquia nacional, já que um governo centralizado e único tenderia a favorecer o desenvolvimento do comércio, reduzindo as barreiras alfandegárias, as múltiplas moedas, etc.), mas também com uma funcionalização do privado ao público (já que igualmente interessava ao monarca o fortalecimento da burguesia, de quem se cobrava tributos cada vez maiores, e de quem aquele obtinha empréstimos para financiar suas campanhas militares e outros empreendimentos régios).

Como referido antes, o fim da Idade Média e o surgimento da Modernidade assistem ao direito privado fruto dos *mos italicus*, passando pelo *mos gallicus* e, por fim, pelo *mos germanicus*. Era um direito que se assentava no direito romano, especialmente na Itália e no sul da França, ou no costume, sobretudo no norte da França e Alemanha, onde, a despeito do recebimento do direito romano, este não era prevalente. Ainda, o direito privado possuía forte caráter de vinculação ao próprio direito canônico, o

que foi esvaziando-se com o período iluminista. Na Itália e sul da França, o direito privado será chamado de *droit écrit*, ao passo que no norte da França e Alemanha o direito privado será chamado de *droit coutumier* (pela influência do direito romano e pelos costumes, respectivamente).

Os séculos XVII e XVIII assistem também ao surgimento do jusnaturalismo e posteriormente ao jusracionalismo, o que será o antecedente histórico da Revolução Francesa, que se avizinha.⁵

O jusnaturalismo consagra o predomínio da individualidade humana, com base na própria natureza do homem. Por esse motivo o retrato humano se sobressai como objeto de inspiração nas artes, cujo ambiente é, sobretudo, personalista e individualista. O direito não seria mais de natureza secular, ou seja, vinculado aos dogmas da Igreja, mas sim decorrente da condição humana. O homem deixa de olhar para o céu e passa a olhar para si, como fonte e fundamento jurídico.

O jusracionalismo, ao seu turno, desenvolvido a partir do século XVII e hegemônico até fins do século XVIII, traz a acepção de um direito natural racional, fruto da razão humana. Diz-se instrumental, pois a razão do homem deve ser instrumento para a paz civil e prosperidade econômica. Diz-se não finalista, uma vez que os fins humanos são distintos, disformes e relativos (as guerras questionam os dogmas impostos de finalidade). A razão do homem deve ser instrumental, paz civil e prosperidade econômica. Pretendia, em síntese, que o direito fosse fundado em princípios racionais válidos independentemente das condições sociais ou culturais nas quais foi formulado ou das sociedades que deveria reger.

Seu ciclo encerra-se com a Revolução Francesa, que ensejou dois movimentos positivistas jurídicos: o primeiro, na França, no qual a escola da exegese ou de hermenêutica imperativista propunha positivismo legalista e de estrita observância à lei posta no Código Napoleônico; o segundo, nos estados germânicos, através da Escola Histórica do Direito, cujo método deu origem à chamada “jurisprudência dos conceitos”, de hermenêutica metodológica, que propunha um positivismo conceitualista.

Foram expoentes do pensamento jusnaturalista e jusracionalista, entre outros, o francês René Descartes, que buscou o discurso do método para o reconhecimento de um direito sistemático; o alemão Hugo Grocius e o inglês John Locke, sendo aquele o de maior exponencial neste pensamento jurídico na Europa, tendo ambos se atido acerca da filosofia política que

⁵ A respeito disso, veja-se Bobbio (1988).

abordasse liberdade religiosa, individualismo e crença); o alemão Samuel Pufendorf e os franceses Domat e Robert Pothier, cujo objeto de estudo foi o mercado e a obrigatoriedade no vínculo celebrado entre as partes.

Domat, por sinal, que viveu entre 1625-1696, publicou relevante obra civil, denominada *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689), em que buscou sistematizar e adaptar o direito romano aos novos tempos, à luz das ideias jusnaturalísticas então em ascensão. Especialmente no que se refere à responsabilidade civil, Domat influenciou notavelmente a concepção francesa da responsabilidade civil subjetiva e é dele a base da redação do célebre art. 1.382 do Código Civil francês (cláusula geral da responsabilidade civil com base na culpa), que posteriormente influenciou o Código Civil italiano e os artigos 159 e 186 do Código Civil brasileiro de 1916.

Já Pothier (1699-1772) era considerado mestre tanto do direito romano como do direito consuetudinário e foi quem maior influência teve sobre a redação do Código Civil francês. Em 1740 publicara célebre comentário sobre os costumes de Orleans e em 1748 escreveu sobre o direito romano, na obra intitulada *Pandectae in novum ordinem digestae*. Sua obra mais famosa, contudo, foi *Traitei des Obligations*, considerada o modelo de tratado jurídico na Europa do século XVIII.

Dito isso, e vistos (ainda que de forma sintética) os movimentos políticos e jurídicos na Idade Moderna, passa-se ao exame dos atos normativos existentes na França e na Alemanha durante a Era Moderna, o que foi antecedente para as respectivas codificações.

3 A era das codificações. Seus antecedentes e sua ideologia

a) Na França

No século XVI há várias ordenações (*ordonnances*) editadas pelo rei, na falta de um parlamento legiferante. As monarquias absolutistas já vigiam com força em diversos países na Europa.

Já nos séculos XVI e XVII há uma intervenção legislativa mais incisiva, sobretudo no direito material. Pode-se citar, como exemplo, a *Ordonnance de Moulins*, de 1566, exigindo prova escrita para os contratos e criando a figura da hipoteca judiciária; a *Ordonnance du Commerce*, de 1673; o *Code de la Marine*, de 1681, todos regulamentando o direito comercial terrestre e marítimo. Vê-se, nesse cenário, flagrantemente a tradição latina de disciplinar, de forma separada, o direito comercial e o direito civil.

O século XVIII, sob o reinado de Luís XV e em anos antecedentes à criação do *Code*, assiste às *Ordonnances* sobre doações (de 1731); sobre testamentos (de 1735); e sobre fideicomisso (1747). As duas primeiras ordenações foram grandemente retomadas por ocasião da redação do Código Civil Napoleônico de 1804.

O sistema de governo existente e os atos da monarquia francesa, contudo, conduziam a um cenário de profunda insatisfação da classe dominante, a burguesia, que era taxada sensivelmente em sua atividade mercantil. Assim, aliado a um cenário de profunda desigualdade, o século XVIII caminha, na França, para o evento que marcará o fim da Idade Moderna e o início do liberalismo, que será a Revolução Francesa.

Assim, a revolução, que se inicia simbolicamente com a queda da Bastilha, prisão francesa símbolo da opressão e violência do regime absolutista, consolida os ideais políticos da classe burguesa que irá ascender ao poder: igualdade, liberdade e fraternidade. A autonomia da vontade, respeitada em seu grau máximo, será o princípio otimizador do valor liberdade, em especial nos negócios de circulação de riquezas, principalmente no primeiro ciclo de codificações. O mercado e os interesses comerciais passam a ser decisivos para as ações individuais e também para as próprias escolhas políticas, por isso a noção de Estado Liberal e pouco intervencionista.

O direito, como consequência da revolução, passa a ser estatal e burguês. Inicia-se, assim, o projeto de criação do Código Civil francês, em observância à própria Constituição francesa de 1791: *"il sera fait un code de lois civiles communes à toute le royaume"* (título I, L). Com a ascensão de Napoleão Bonaparte ao poder, no final do século XVIII, quase início do século XIX, intensificam-se as atividades para confecção do *Code*, o qual vem a ser publicado em 21 de março de 1804. Sua vigência sacramenta definitivamente a separação entre o direito público e o direito privado, ficando este para as relações econômicas entre os governados e aquele para a política, sociedade civil e relações de Estado. Nesse sentido é a lição de Díez-Picazo e Gullón (1995, p. 37):

La cristalización definitiva del derecho civil como derecho nacional y privado se opera con la condificación. La idea de un Código civil hay que ligarla con el pensamiento de la Ilustración u del racionalismo que dominó en Europa a partir del siglo XVIII. Hasta ese momento se acostumbraba a recoger las diversas leyes vigentes en un determinado momento en un

solo texto, recopilándolas. La idea de la codificación es, sin embargo, más amplia que la de una pura recompilación de textos.

O Código Napoleônico trouxe equilíbrio entre as disposições próprias do direito romano e do direito costumeiro que vigiam na França até então.⁶ Napoleão nomeou uma comissão composta por quatro advogados: Trochet, Bigot Du Pémameneu, Portalis e Mavile, sendo os primeiros dois originários do norte, região do direito costumeiro (*droit coutumier*), e os outros dois do sul, região do *droit écrit*. Napoleão tinha tanto interesse na obra que presidiu pessoalmente inúmeras sessões de deliberação sobre normas do código.

O código tem seus 36 títulos divididos em três livros e por isso traz a ideia de sistematização. Ele dispõe sobre as pessoas, sobre as coisas e sobre a propriedade (obrigações), em mais de 2 mil artigos.

Há que se destacar a relevância da disciplina dos vícios da vontade, da culpa e da responsabilidade civil. Não importam ao código, por outro lado, aspectos de justiça contratual, como a revisão do contrato, por exemplo. Vigia, na excelência, o dogma do *pacta sun servanda*. Por outro lado, é relevante o estudo dos vícios da vontade, já que a vontade livre era pilar de validade do próprio sistema jurídico privado.

A ideologia que marca o Código Civil e a própria era das codificações que se seguiram, assim, é da busca de uma legislação completa, clara e coerente, naquilo que se pode chamar de a "ideologia dos três C".⁷

A completude representa a ideia de que seria possível regular todas as relações jurídicas dentro do Diploma Civil. O Código, com toda a sua vasta disposição normativa, teria a pretensão de antever e dispor sobre todas as relações privadas, tendo Napoleão a pretensão de formular um código como verdadeira obra para o presente e futuro. Tanto é assim que se lhe atribui a frase de que o seu verdadeiro legado à história não seriam as batalhas vencidas, mas o Código Civil francês por ele publicado.

A clareza impunha a noção de que as disposições do Código seriam facilmente interpretadas pelo aplicador da lei e pelo próprio jurisdicionado. Esta, aliás, é outra característica do código: a sua redação não complexa e sua pretensão de que todos os franceses pudessem entendê-lo.

⁶ Importa destacar, contudo, que, ainda que tenha havido uma nova ordem jurídica com a Revolução Francesa, não há uma revogação da legislação do *ancien régime*.

⁷ Nesse sentido, Facchini Neto (2010, p. 44).

Por fim, a coerência pressupunha a ausência de antinomia no Código Civil francês, ou seja, a ausência de conflito entre as normas ali dispostas.

A completude, a clareza e a coerência (ausência de antinomia), ademais, serviriam para afastar eventual pretensão do aplicador da lei em interpretá-la de acordo com suas convicções e ideologias, superando as disposições expressas na lei e os valores implicitamente contidos nas normas do *Code*. Como a burguesia temia a arbitrariedade e a parcialidade monárquica, não desejava que o juiz ripristinasse essa prática aplicando a lei como “bem quisesse”. Por isso Montesquieu consagrou em sua obra clássica que o juiz deveria ser tão e simplesmente a boca da lei, ou seja, sem atividade interpretativa.

A respeito disso, importa trazer a lição de Wleacker (1993, p. 367):

os códigos jusnaturalistas foram actos de transformação revolucionária. Acerca desta afirmação não deve ser omitido que eles apenas em França e nas áreas do seu domínio de influência foram levados à prática pelos portadores da revolução política, enquanto que no resto da Europa o foram pelo despotismo esclarecido. Enquanto que desde o *Corpus Iuris* até o início deste século a edição legislativa em geral fora, na maior parte dos casos, o último dos frutos de uma antiga tradição científica, estas novas codificações entendem-se antes como pré-projetos de um futuro melhor. [...] Foi por esses mesmos motivos que os códigos jusnaturalistas protestaram muito frequentemente e de forma expressa contra os costumes e preconceitos que se lhes opunham.

Esse pensamento, aliás, será o fundamento da Escola de Exegese, que predominará a partir da publicação do Código.

A Escola de Exegese, com efeito, imporá uma submissão do juiz à figura de um intérprete racional e sistemático. Para os exegéticos, interpretar é simplesmente conhecer a vontade do legislador. Como o legislador trouxe para a confecção do Código os valores da Revolução Francesa, eram eles que estavam implícitos e explícitos nas normas do *Code*, bastando ao juiz simplesmente aplicá-lo. O Código ganha mais relevo do que o próprio direito civil, a ponto de os manuais publicados na época trazerem introdução ao Código Civil, e não introdução ao direito civil. Nesse sentido pode-se referir a clássica frase do magistrado Jean Joseph Bugnet, que, diante da completude, clareza e coerência do *Code*, não ensinaria direito civil, mas sim o próprio Código de Napoleão.

Acerca do método exegético, importa trazer a lição de Sacco (2001, p. 271), para quem

A classificação do método francês do período 1806-80 como método exegético tem, em todo o caso, um valor negativo. Serve para explicar que o intérprete francês da época não conceitualiza, não sistematiza, não elabora juízos de valor. A centralização monárquica, primeiro, a Revolução, depois, confiaram o direito aos práticos (legislador, acima de todos, e depois juízes), e não aos professores. O prático se ocupa das regras de direito, o professor, respeitador das instituições, analisa regras de direito: regras legais, e acima de tudo, e integradas, se for o caso, por regras romanas, consuetudinárias, e reais. Mas se ocupar sempre de regras.

Posteriormente ela será confrontada pela Escola Científica ou de Livre Investigação Científica, de François Geny, que na sua essência determina que o direito não se reduz à lei, sendo necessária a investigação além dos preceitos impostos pelo legislador.

Como obras doutrinárias relevantes após a publicação do Código francês, muitas delas trazendo em seu título a menção ao estudo do *Code* (e não do direito civil), pode-se referir as obras de Jean Proudhon, *Cours de droit français* (1809); Alexandre Duranton, *Cours de droit français: suivant le Code civil* (1825); Hyacinthe Blondeau, *L'autorité de la loi: de quelle source doivent découler aujourd'hui toutes les décisions juridiques* (1841); Charles Demolombe, *Cours de Code civil* (1845); e Charles Aubry e Charles-Frédéric Rau, *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae* (1897).

Por fim, importa aludir que o Código Civil francês será, então, por todas as razões supraexpostas, adotado na Itália e na Espanha, entre outros países.

b) Na Alemanha

Na Alemanha a discussão sobre um Código alemão surge já na primeira década dos oitocentos, com a derrota de Napoleão. Indaga-se um Código alemão para os alemães. Há, naquela época, 39 reinos, cada qual com seu ordenamento, e sem uma ordem superior legislativa unificante. Impunha-se, nesse cenário, uma unificação do direito privado.

Assim, em 1871 uma comissão com 11 membros é instituída, sendo o projeto reprovado. Em 1890, nova comissão é composta, sendo o trabalho concluído em 1895, com reforma em 1896,

sendo aprovado como terceiro projeto para vigorar em 1900. À exceção de Windscheid, os demais membros da comissão eram funcionários públicos, o que restringia a visão do mundo prático do Código que veio a ser promulgado.

A respeito da criação do Código Civil alemão, ensinam Facchini Neto e Haerberlin (2014, p. 263):

O Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) é produto da ciência jurídica pandectista de expressão alemã. As definições, cuidadosamente reduzidas em sistemas e auxiliadas por um aparato linguístico elaborado [...]. Nada é deixado à improvisação. A elaboração do Código Civil – prevista desde a unificação alemã, em 1871, com a fundação do Império (Reich) – durou mais de vinte anos. Um primeiro projeto, elaborado por uma comissão integrada, além de outros, por dois renomados juristas – Bernard Windscheid e Gottlieb Planck –, foi finalizado em 1887 e enviado às universidades, às cortes e aos altos funcionários do Estado, a fim de receber críticas e sugestões. As críticas, relacionadas ao excessivo viés doutrinário, à incompreensão da linguagem e à complexidade da técnica, fizeram com que fosse nomeada uma nova Comissão, em 1890, cujo trabalho cingiu-se, em grande parte, a uma revisão de linguagem. Foi esse o projeto aprovado em 1896 pelo Reichstag.

O BGB, assim, passa a ser o primeiro Código a possuir uma parte geral. A parte especial, com quatro divisões, também é diversa do *Code Napoléon*, com que, em verdade, não guarda identificação. A estrutura do Código é de rigor exaustivo e conceitual. Aos moldes alemães, parece-se com uma máquina perfeita, com uma grande engrenagem estruturalmente rigorosa, sem repetição de palavras e termos e com muita remissão a dispositivos quando já citados ao longo do corpo legal. Há, ademais, a inserção de cláusulas gerais, de modo a permitirem ao intérprete a frequente adaptação do Código às mudanças sociais. É um Código liberal e que na sua essência não se preocupou com as questões sociais que já se impunham nos oitocentos, com a Revolução Industrial já em vigor, e com todos os seus efeitos decorrentes (ausência quase completa da casuística). Por esse motivo, muitos afirmam que foi um Código que entrou de costas para o novo século.

A respeito disso, importa referir a lição de Andrade (1997, p. 10):

Contudo, embora logo tenha sido considerado como uma obra do mesmo nível do Code Civil, influenciando

diversos países, o BGB não foi para a Alemanha o que o Código de Napoleão foi para a França. E isto, talvez, porque ele foi mais uma consequência, um fruto tardio do liberalismo, do que uma semente. Quando ele surgiu, a hora e a vez do liberalismo e do positivismo já estavam passando.

A ideologia do Código é de consensualismo equilibrado, no qual a autonomia da vontade não possui a supremacia que lhe empresta o Código Civil francês. Com efeito, a liberdade individual cede frente à segurança jurídica e sofre enfrentamento pelas cláusulas gerais, ainda que de forma implícita. Não se pode furtrar de referir que o Código alemão apresenta importante diferenciação entre os negócios obrigacionais e os negócios reais, estes ligados ao princípio da abstração.

Assim como ocorrera com o *Code Napoleon*, o BGB também exerceu sensível influência nas codificações modernas, especialmente no que diz respeito à previsão de uma parte geral e de cláusulas gerais ao longo do texto, permitindo a atividade de integração das normas aos novos cenários sociais e comerciais.

O BGB influenciou os códigos da Suíça, Grécia e Portugal e do próprio Brasil, sobretudo o CCB/02.

4 A era das descodificações. A hiperinflação legislativa

A história assistiu a dois séculos de incessante trabalho de codificação dos sistemas jurídicos ocidentais, pela unificação política, territorial, e de modo a adequar o direito local a mudanças que se operavam com força desde a Idade Moderna. As vantagens das codificações foram evidentes, por sistematizar direitos não unificados e sem regulamentação legal, apenas costumeira. Por outro lado, não se pode desprezar que o processo de codificação trouxe a mácula de regular, dispor e até prestigiar os anseios, desejos, da classe política que dominava na época, o que poderia não reproduzir, necessariamente, os interesses da sociedade. Assim, por exemplo, certamente os ideais da burguesia, o que pautou a formação do Código Civil napoleônico, não interessavam à classe empregada, subordinada ou mais carente, que certamente postularia direitos de maior intervenção e proteção individual, o que, contudo, somente ocorrerá no século seguinte.

Após a era das codificações, contudo, assiste-se a um processo de hiperinflação legislativa, com a produção de inúmeras leis nacionais para tratar de assuntos não disciplinados no Código Civil respectivo.

A partir da Primeira Guerra Mundial, o mundo mergulha num período de incertezas, em que a dicotomia homem vs máquina tem papel fundamental no desequilíbrio de relações jurídicas laborais, habitacionais, sociais e influencia até mesmo no direito privado por excelência, o negocial. Este, contudo, vai sofrer profundo abalo a partir também da crise da bolsa de 29, nos Estados Unidos, e de outros acontecimentos que se sucederam, o que ira impor a exigência de que o Estado passe a intervir na economia e nas relações entre particulares, em movimento de contrafluxo ao que preconizava o liberalismo oitocentista. Há, na expressão de Gierke e Cimbali, um socialismo jurídico. Ao lado disso, os negócios tornam-se cada vez mais complexos e a evolução científica passa a exigir a regulação de novos direitos até então não reconhecidos ou não disciplinados.

Enfim, a própria sociedade está altamente diferenciada e pluralizada.

Esse é o cenário em que surgem, então, microsistemas legislativos, na expressão consagrada de Natalino Irti. Há, a partir de então, um particularismo jurídico, descentralizando-se, então, a unidade de direito privado até então vigente.

No Brasil o direito comercial possui papel relevante nesse processo de descodificação do direito privado, ao criar, sistematicamente, inúmeros diplomas legais para tratar pontualmente de aspectos comerciais. O direito civil, num movimento similar, passou também a dispor em leis esparsas sobre assuntos eminentemente de direito privado, o que rompe definitivamente a unidade desse ramo do direito. Há uma ramificação até então irreversível de novas disciplinas de direito privado.

Paradoxalmente, os estatutos que são editados, ao mesmo tempo em que se afastam do Código Civil – lei geral – e ao se afastarem criam, muitas vezes, antinomias sistêmicas, passam a receber o status, agora, de verdadeiros “códigos”. Por exemplo, cita-se o Código de Defesa do Consumidor, que, pela sua relevância, passou a gerar a indagação se seria um novo direito geral singular.

A preocupação pela falta de sistematização e harmonia entre os diplomas legais levou autores a repensar as confluências entre os microsistemas agora vigentes. E nesse sentido importa referir a doutrina do diálogo das fontes do professor de Heidelberg, Erik Jayme, e desenvolvida no Brasil pioneiramente por Cláudia Lima Marques.⁸

⁸ MARQUES, Cláudia Lima. A proteção do consumidor no comércio eletrônico. Conferência apresentada no Painel Direitos do Consumidor, dia 12 de novembro de 2002, na XVIII Conferência Nacional dos Advogados - Cidadania, Ética e Estado, em Salvador (BA), organizada pelo Conselho Federal da OAB.

Dito isso, e passando-se ao encerramento do artigo, questiona-se o futuro da codificação. As leis esparsas manterão os microsistemas em evidência, desprezando-se os códigos entendidos como leis gerais? Ou haverá um movimento cíclico de revalorização dos diplomas centrais, de modo a buscar harmonia, unidade e coerência para o direito privado? Terão as cláusulas gerais a habilidade e a aptidão de permitir que os diplomas gerais sejam fluidos e adaptáveis às realidades sempre mutantes?

A resposta não será padronizada, porque os países não caminham ao mesmo tempo e na mesma velocidade na História. Por exemplo, os países de independência tardia, de pós-guerra, como Egito (1948), Síria (1949), Iraque (1951) e Líbia (1953), necessitam de processo de unificação do direito, o que se traduz na criação de um diploma geral. No mesmo sentido, o Código turco (1940), ao buscar a efetivação de sua secularização, apoiando-se no Código suíço de obrigações.

Certamente, para uma efetivação e eficácia dos códigos gerais tal como concebidos em sua essência, haverá necessidade de reexame dos temas de direito privado, para uma melhor eleição e hierarquização dentro da ordem legal, cumprindo os princípios, cláusulas gerais, postulados etc., papel crucial de adequação dos tempos às novas realidades sociais e aos novos direitos existentes.

Referências

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. **Da Codificação**: Crônica de um Conceito. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 1997.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico** - Lições de Filosofia, 1988.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. **Instituciones de Derecho Civil**. Volumen I. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2010. p. 37-73.

_____; HAEBERLIN, Martín P. O "estilo" jurídico alemão – breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes. **Revista da Ajuris**, v. 41, n. 133, p. 245-281, mar. 2014.

FAUSTO, Boris. **A história do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGIONI, Paula. **A evolução do direito comercial brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milano: Giuffrè, 1999.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Direito na História**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SCHIPANI, Sandro. **La codi cazione del diritto romano comune**. Torino: Giappichelli, 1996.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução A. M. Botelho Hespanha. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduzione al Diritto Comparato**. vol. I. Tradução Barbara Pozzo. Milano: Giuffrè, 1998.

O sistema de precedentes judiciais vinculantes no Novo CPC: uma busca por uniformização, segurança jurídica e celeridade processual

Marcos Paulo Pereira Gomes

Advogado

Mestrando em Direito pela Universidade de Lisboa

Especialista em Processo Civil pela

Universidade Anhanguera

Especialista em Direito Constitucional e Docência no

Ensino Superior pela Faculdade da

Amazônia Ocidental – FAAO

Professor de Direito Processual Civil na Faculdade

da Amazônia Ocidental – FAAO

Professor da Escola Superior da

Advocacia da OAB/AC

Membro da Associação Norte e Nordeste de

Professores de Processo – ANNEP

RESUMO

Os precedentes obrigatórios (ou vinculantes), alvo do presente estudo, são um tema atual que está em evidência devido ao impacto que dá ao processo civil e seus sujeitos. A problemática apresentada, seguindo os questionamentos da doutrina, aponta dificuldades na importação do sistema judicialista anglo-saxônico ao legalismo romano-germânico, predominante no Brasil, que, além de possíveis incompatibilidades com os princípios da separação de poderes, livre convencimento motivado e independência funcional dos juízes, pode encontrar óbice na análise da distinção dos casos, devido à judicialização de escalas gigantescas, resultando na aplicação indiscriminada de teses jurídicas a casos que não possuam identidade fática ou material, de modo a sacrificar o adequado provimento jurisdicional em função da buscada celeridade.

Palavras-chave: Processo Civil. Precedentes obrigatórios. Fontes do Direito. Celeridade processual.

ABSTRACT

The Judicial precedents (or binding), target of the present study, is a current theme and that is in evidence due to the impact

it gives to the civil process and its subjects. The problematic presented, following the questioning of the doctrine, points to difficulties in the importation of the Anglo-Saxon judicial system to Roman-Germanic legalism, predominant in Brazil, which, besides possible incompatibilities with the principles of separation of powers, free convincing and functional independence of judges, may find it difficult to analyze the distinction of cases, due to the judicialisation of gigantic scales, resulting in the indiscriminate application of legal theses to cases that do not have a factual or material identity, in order to sacrifice the appropriate jurisdictional provision in function of the desired speed.

Keywords: Civil Procedure. Precedents Required. Sources of Law. Procedural speed.

Introdução

O instituto dos precedentes judiciais – tema que será abordado no presente trabalho – tem natureza jurídica de Direito Público, pertence ao ramo do Direito Processual Civil e pode alcançar o status de norma jurídica. É utilizado em diferentes sistemas jurídicos, com raízes no *Common Law*, onde o costume é fonte preponderante do Direito, porém é também aplicado ao *Civil Law*, este adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A atualidade do tema é patente, sendo um dos principais pontos trazidos pelo novo CPC, causador de impacto na esfera teórica e prática da vivência jurídica, portanto faz-se necessária a pesquisa para a elucidação do assunto e a contribuição ao debate, estando ainda longe de ser esgotado.

Utiliza-se o debate entre diferentes conceitos e posicionamentos de estudiosos do processo civil a respeito da problemática apresentada, valendo-se do uso de documentações indiretas, buscar-se-á compreender a dinâmica com que são operados os precedentes no nosso processo civil.

Em primeira análise, a “importação” deste instituto pode entrar em conflito com diversos princípios do sistema jurídico brasileiro. Apesar disso, a presente tese está alicerçada na ideia de que, apesar de que controverso, o uso dos precedentes como fonte do direito é benéfico ao jurisdicionado, desde que realizado com responsabilidade e com o objetivo de uma melhor prestação jurisdicional, no sentido de alcançar a segurança jurídica e a celeridade processual, e não apenas “julgamentos em massa” para “desafogar o Judiciário”.

Primeiramente, através da utilização de um apanhado histórico da evolução do instituto, que está ligada a tradições jurí-

dicas, buscamos compreender o que levou a ocorrer este fenômeno. Após, adentrando a parte teórica, temos os principais conceitos acerca do precedente e sua incidência no novo código. Por fim, apresentada a problemática da importação do instituto dos precedentes, constatamos que, se utilizado segundo as diretrizes dadas pelo código, de fundamentação e coerência, é um grande instrumento de estabilização, integridade e celeridade.

1 Teoria do precedente e seu sistema no CPC

1.1 Fontes do direito e o precedente

Hodiernamente, o direito brasileiro segue a tradição jurídica *Civil Law*, que tem por principal característica a positivação do direito. A norma jurídica só existe, é aplicável, se for decorrente do processo legislativo.

A palavra *fonte* remete ao significado de nascente de água, uma metáfora utilizada no direito para assimilar como regras jurídicas emergem para o mundo do Direito (NADER, 2012).

Tal afirmação de que o Brasil tem uma tradição positivista é ratificada pela própria doutrina clássica, como observado a seguir:

Para os países que seguem a tradição romano-germânica, como no Brasil, a principal forma de expressão é o Direito escrito, que se manifesta por leis e códigos, enquanto o costume figura como fonte complementar. A jurisprudência, que se revela pelo conjunto uniforme de decisões judiciais sobre determinada indagação jurídica, não constitui uma fonte formal, pois a sua função não é gerar normas jurídicas, apenas interpretar o direito à luz dos casos concretos (NADER, 2012, p. 143).

Na visão de Paulo Nader, bastante utilizada na formação jurídica dos acadêmicos brasileiros, a lei é a fonte direta, legítima e preponderante do direito, enquanto a jurisprudência não pode alcançar esse patamar, por não produzir norma jurídica, ficando lado a lado com a doutrina na função de fonte indireta, apenas interpretativa.

Enquanto os juízes e teóricos do *common law* inglês compreendem a força vinculante do precedente judicial como uma "convenção constitucional", a doutrina tradicional na maioria dos sistemas jurídicos da tradição do *civil law* é enfática ao negar o status de fonte do direito para o precedente judicial.

Na percepção dominante entre os teóricos do direito e os comparatistas, vigora uma curiosa *either-or assumption* em relação ao precedente judicial, a qual pode ser formulada nos seguintes termos: ou o precedente é uma fonte do direito, e, portanto ele é invariavelmente vinculante ou obrigatório, ou então ele não é reconhecido como uma fonte do direito, e por conseguinte é nada mais do que um elemento persuasivo ou um “argumento extra ou adicional” que pode ser utilizado pelo juiz na fundamentação de sua sentença (BUSTAMANTE, 2016, p. 278).

A figura da decisão judicial com efeito vinculante desconstrói o conceito da clássica doutrina positivista, desfaz essa separação em que de um lado existem as leis sempre como fonte direta e, do outro, a jurisprudência apenas como função interpretativa, pois a interpretação atribuída a um caso passível de vinculatividade, tornando-se obrigatória, passa a ser lei em sentido amplo.

O critério para classificação de uma regra jurídica como fonte formal é que seja um meio de expressão do direito, uma forma pela qual a norma jurídica exterioriza-se e torna-se conhecida (NADER, 2012). Os precedentes, da forma que estão instituídos, obviamente se enquadram nesse conceito; logo, são fontes formais do direito.

Além disso, para Nader (2012), para que um processo jurídico constitua fonte formal, é necessário que tenha o poder de criar o Direito, introduzir no ordenamento jurídico novas normas jurídicas.

Portanto, a instituição da *stare decisis* (doutrina dos precedentes) no direito brasileiro modifica até mesmo concepções tradicionais e consolidadas, como o elenco de fontes formais, diretas ou imediatas.

Novas correntes já equiparam o processo jurisdicional ao processo legislativo no tocante à criação do direito, desde que observado o devido processo constitucional.¹

Em suma, interessa ponderar que, essencialmente, o processo jurisdicional não difere do processo legislativo, sendo ambos instrumentos de produção do direito, muito embora o primeiro volte-se precipuamente à concretização da norma jurídica, enquanto que o segundo destina-se à produção de textos normativos que servirão de base para a futura construção judicial ou

¹ Calmon de Passos utiliza essa expressão para se referir não somente ao processo legislativo, mas também à própria produção judicial da norma jurídica e a produção privada do direito.

extrajudicial (na esfera privada não contenciosa, por exemplo) de normas jurídicas (BARREIROS, 2016, p. 192).

O legislador possui maior liberdade na criação do direito do que o julgador, mas este também é criador do direito, também de forma relativamente livre (KELSEN, 2006).

Para Wambier, T. (2017), a lei, pura e simplesmente, muitas vezes não garante mais automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo “filtro” dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmônicas entre si.

A lei traz conceitos vagos, cláusulas gerais, que necessitam passar por um filtro jurisdicional, para adequá-la ao caso concreto, pois a lei não consegue absorver a complexidade do mundo real.

O juiz preenche esses conceitos vagos. “Todos os conceitos são, de certo modo e em certa medida, vagos! Até quando diz que a mãe, que consta do texto legal, abrange (ou não) a mãe adotiva” (WAMBIER, T., 2017, p. 264).

Então, se houver a indagação acerca da criação/alteração do direito no âmbito decisional, a resposta será positiva. O legislador, daquele difere apenas no sentido de que, reiterando o descrito anteriormente, é prestigiado pela prerrogativa de criar o direito “do nada”, segundo o interesse social.

1.2 Hermenêutica na aplicação dos precedentes

A norma processual visa viabilizar a satisfação do direito material ligado a um sujeito do processo, da pretensão que, por premissa, foi resistida pelo sujeito oposto. Tal relação envolve pessoas, interesses, fatos, elementos essenciais de uma ação. Os fatos jurídicos, em regra, decorrem de condutas de seres humanos, que, por sua vez, têm por característica a individualidade, personalidade, o que distingue um indivíduo dos demais, tornando-o único. Essa individualidade é resultado de predisposições genéticas, interações sociais e vivência em geral.

O desafio, no particular, é conseguir conciliar a perspectiva multicultural (e seu apreço à diversidade e ao respeito à diferença) com a concretização do princípio da igualdade, que conduz – especialmente se feita de forma indiscriminada – ao caminho oposto: o da universalização. Ou seja: no quadro de um Judiciário que se vê às voltas com a progressiva atribuição de

eficácia aos precedentes judiciais pelo sistema pátrio, com o apelo à igualdade e com o exponencial crescimento das demandas de massa, como impedir que esse movimento claramente voltado à uniformização das decisões judiciais aniquile o respeito à diversidade? (BARREIROS, 2016, p. 203).

Visto isso, se o fato jurídico decorre de uma conduta humana, logo, reveste-se da mesma característica, a individualidade, ou seja, as peculiaridades são inerentes aos fatos jurídicos, assim como aos seres humanos. Desta forma, como é possível que seja legitimado o julgamento de maneira “genérica”, em que uma só sentença abrangerá e fará coisa julgada sob diversos sujeitos, processos, inclusive futuros? Isso não levaria casos diferentes a serem julgados, erroneamente, de maneira igual?

Tal questionamento, a princípio, não pode ser respondido de maneira simplória. Trata-se de um paradoxo: o intuito é evitar julgamentos diferentes para demandas semelhantes; contudo, como visto, é grande a possibilidade de julgar, de forma equivocada, casos peculiares de forma genérica. Ou seja, o que deve ser priorizado no processo, a celeridade ou a individualidade? Se prezamos pela celeridade por meio da *stare decisis*, temos uma jurisdição uniformizada, porém mecânica. Se prezamos a individualidade, temos uma jurisdição menos engessada, porém insegura juridicamente.

Essa problemática ronda o tema dos precedentes obrigatórios. Neste ponto, outro relevante jurista é enfático ao afirmar a necessidade da interpretação hermenêutica na aplicação do precedente:

É necessária uma compreensão hermenêutica, de cariz pós-positivista, do fenômeno jurídico para se assegurar uma aplicação íntegra, coerente e constitucionalmente adequada dos provimentos vinculantes elencados no art. 927 do NCPC.

[...] Esse equívoco pode conduzir a um retrocesso para um modelo primitivo de positivismo, a partir do qual o texto passa a se equiparar à norma que, por sua vez, resgata uma natureza abstrata e não concreta, como se fosse possível um provimento vinculante conter em si a solução já pronta para os casos futuros.

[...] Não se trata apenas de evitar aplicar precedentes para “casos diferentes” ou, menos ainda, de reconhecer que “cada caso é um caso”. Como afirma o mesmo autor, “o mero juízo de identificação entre casos, tida como semelhança entre fatos, não é suficiente para sustentar a aplicação de um precedente”, uma vez que não existe a separação cirúrgica entre a “questão de fato” e a “questão de direito” imagina-

da pela dogmática corriqueira. É possível que um caso X apresente uma situação “de fato” mais diferente daquela do precedente P do que o Y, mas que o precedente P seja aplicável ao caso X e não ao caso Y. A pedra de toque está na *applicatio*: “É preciso ver o precedente como a aplicação feita por um julgador a uma situação concreta; o comando não pode ser entendido em sua literalidade, como se estivesse descolado da situação para a qual foi produzido, passando a existir e valer em uma abstração etérea” (STRECK, 2016, p. 175/178).

Como se extrai do texto destacado, Lenio Streck assevera que a hermenêutica na aplicação do precedente é necessária para assegurar a coerência. Isso, pois, se os julgadores se valem da existência de vinculantes jurisprudenciais para, de forma indiscriminada, extinguir demandas consideradas repetitivas, representaria uma mecanização dos julgamentos, prejudicando o provimento jurisdicional.

O risco maior reside nesse ponto, a forma indutiva de solução de conflitos, mediante a utilização de precedentes judiciais. Assim, de uma constatação individual, se faria uma conclusão geral, técnica que não é compatível com os princípios da jurisdição, pois não há uma prévia e pronta regra jurídica apta a solucionar diversos casos futuros.

Por isso mesmo é que devemos tirar lições do sistema de precedentes do *common law* para melhor compreensão do “sistema de vinculação jurisprudencial” (e não de precedentes) criado pelo CPC no Brasil.

A principal é a impossibilidade de se aplicar de forma mecânica os provimentos vinculantes, problemáticas que, aliás, já de há muito vem denunciadas pela Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), isto é, nenhum texto jurídico, seja lei, enunciado jurisprudencial ou súmula vinculante ou não, pode ser aplicado de forma dedutiva-subjuntiva-mecânica.

[...] Ou seja, quando o CPC afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem súmula vinculante e acórdão vinculante não há interesse nesse ponto em uma proibição de interpretar. Quem pensa isso parece estar indo ainda com os pés – ou a cabeça – na jurisprudência analítica do século XIX, modalidade do positivismo da *common law* equiparável ao positivismo exegetico francês e ao pandectismo alemão. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência (STRECK, 2016, p. 176).

O próprio processualista defende, ainda, que a interpretação hermenêutica dos precedentes judiciais vai além de identificar os casos diferentes ou reconhecer sua peculiaridade em detrimento da aplicação do provimento vinculante, pois “nem tudo que estiver contido numa decisão vinculante (seja uma súmula, um acórdão jurisprudencial ou um precedente) é efetivamente vinculante” (STRECK, 2016, p. 178). Da mesma forma, apesar de estar previamente delimitado aquilo que é vinculante, como uma súmula, nunca será dispensável a interpretação do julgador para precisar seu sentido perante o caso concreto.

Ao autor e réu deve ser garantida a possibilidade de externarem as razões acerca de que forma deverá ser aplicada determinada súmula vinculante ou acórdão paradigma. (STRECK, 2016). Isso é um reflexo da norma fundamental constante no art. 10 do CPC, que assenta o princípio da proibição de decisão surpresa.

Não se pode universalizar automaticamente a regra desse julgado para torná-la geral e abstrata aplicável por subsunção a situações posteriores. Não se pode proceder como proposto por Marinoni e defender seriamente que esse precedente “deve ser aplicado até os seus limites, regulando todos os casos aí cabíveis”. Não se pode crer “possível a sua adoção para solução de casos particularizados por outras circunstâncias ou situações inicialmente não tratadas”.

O que justifica a não aplicação do precedente não são exclusivamente formais, nem exaustivos. Não se embasa numa mera comparação fática e jurídica entre os casos. Não basta distinguir as questões fáticas ou mesmo jurídicas. Elas são negavelmente importantes, mas não são únicas nem determinantes (LOPES FILHO, 2016, p. 171).

Essa visão corrobora o entendimento de que a observância dos precedentes deve ser feita de modo racional e crítico, não pode ser realizada em total abstração e dissonância, pois, com as particularidades do caso no qual se pretende aplicá-los. Assim, abre-se espaço para a seguinte discussão, acerca da possibilidade de afastamento da aplicação de provimentos obrigatórios.

1.2.1 *Distinguishing*

Trata-se da utilização de técnicas para que, conforme a interpretação hermenêutica aplicada, possa-se afastar ou não a adoção de um entendimento previamente fixado. Consiste em

identificar o que é de cada um, o que torna os casos iguais ou diferentes, de forma que mostre o que deva ser tratado do mesmo modo ou não.

A princípio, para que seja imposta a uniformização, tem-se como pressuposto que as situações sejam integralmente idênticas, ou seja, fatos e questão jurídica absolutamente iguais. Porém, entre os fatos, não se consideram os tidos como subjacentes, irrelevantes, que não são necessários à consequência sobre a qual se discute. Assim, é razoável que a identidade seja exigida apenas quanto aos traços eleitos pelo legislador como essenciais à hipótese de incidência da consequência (WAMBIER, T., 2016).

É, por exemplo, o método pelo qual se agruparam os casos em que consumidores discutiam ser ou não legal a cobrança da assinatura básica, por parte das Companhias Telefônicas, para julgamento de acordo com o regime dos arts. 543 B e C do CPC/73. Fatos como, por exemplo, a idade ou a profissão dos consumidores autores das ações não eram idênticos. Isto é, todavia, absolutamente irrelevante para efeitos de traçar contornos da hipótese de incidência do direito: para se saber se assinatura básica era (ou não) devida, pouco importam idade e profissão dos assinantes. Entretanto, há maneiras de uniformizar o entendimento dos Tribunais muito mais refinadas, em que o que há de comum nos casos nada mais é do que um núcleo pequeno, mas fortemente significativo, em torno dos quais podem estar fatos completamente diferentes. Dando um exemplo extremo, poderíamos considerar contraditórias decisões em que se tivesse concedido indenização de dez mil reais pela perda de uma perna e de cinquenta mil reais por um dedo decepado (WAMBIER, T., 2016, p. 269).

Conforme muito bem exemplificado acima, têm-se casos em que conforme a complexidade adota-se diferentes critérios para distinguir as semelhanças. No caso acima, mesmo sem qualquer semelhança de fato, é possível facilmente arguir a contradição dos julgamentos, tendo como parâmetro o núcleo das condições “de direito”.

Temos um grande exemplo verídico da atuação do STF em que um precedente cuja repercussão da tese jurídica dispensa identidade fática, enquanto o núcleo jurídico da demanda tem reflexos de grandes proporções. Trata-se do julgamento do Recurso Extraordinário nº 440.028-SP.

O Ministério Público de São Paulo promoveu ação civil pública para impelir uma determinada escola à remoção das barreiras arquitetônicas existentes. A

matéria desembocou no Tribunal de Justiça de São Paulo, prevalecendo a tese de impossibilidade do Poder Judiciário ordenar ao Executivo a realização de investimento público à promoção de acessibilidade física numa escola específica; na decisão do tribunal de justiça ficou assentado que haveria a necessidade de estudo e orçamento para que fossem determinadas adaptações em toda a rede, e não num ambiente escolar isolado.

A matéria aportou no STF mediante recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de São Paulo, relatado pelo Min. Marco Aurélio. Em voto seguido à unanimidade pelos demais ministros componentes da 1ª turma (RE 440.028-SP) – antes de se examinar o eventual dever do Estado em promover as adaptações necessárias – foi enfrentada uma questão recorrente, porém polêmica, na doutrina e na jurisprudência: limites da intervenção do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas; direitos fundamentais; “mínimo existencial” e a cláusula da “reserva do possível”; tudo isso no contexto da acessibilidade e inclusão social de pessoas com deficiência (PEREIRA; ALVES, 2017, p. 240).

Esse julgamento é emblemático, traduz muito do que se fala na presente temática, pois a princípio uma discussão acerca da remoção de barreiras arquitetônicas teve uma abrangência muito maior. A tese jurídica firmada nesse RE é a autopermissão do STF no sentido do ativismo judicial, intervenção do Poder Judiciário no Executivo para execução de políticas públicas.

A respeito do *distinguishing*, nota-se que, no caso em tela, é irrelevante a identidade “de fato” entre acórdão paradigma e o que estiver sob análise, o que se levará em condição é o núcleo jurídico. Sendo assim, não só as barreiras arquitetônicas mas toda barreira comunicacional, instrumental, programática, atitudinal e metodológica, ou qualquer outra que a literatura venha a identificar, são abrangidas pelo entendimento apresentado.

Bustamante (2016) entende que, nesse momento do processo, o momento de diferenciação de casos, é necessário que se crie uma cultura argumentativa. Segundo ele, a cada caso em que se cogita a aplicação de um precedente judicial, abre-se a oportunidade de uma reflexão que Dworkin chama de “pós-interpretativa”, na medida em que as interpretações construtivas realizadas pelos juízes anteriores são novamente postas a prova no caso concreto, isto é, se elas atendem ou não à justificação que foi apresentada para sua criação.

Essa cultura argumentativa exigiria que fossem levadas em conta todas as circunstâncias do caso, para que se permita iden-

tificar os fatores e as circunstâncias individuais do caso que tornem justificada a sua operação ou derrotabilidade (*defeasibility*) da regra jurisprudencial aplicável ao caso concreto (BUSTAMANTE, 2016).

Vigora no Reino Unido uma importante regra segundo a qual os advogados devem “citar todas as autoridades [precedentes] relevantes, mesmo quando sejam contrárias ao interesse dos seus clientes”; nesses casos, o debate fica restrito à aplicabilidade dos precedentes judiciais. Estes são escrutinados com grande riqueza de detalhe, sendo frequentes a extensão por analogia ou a criação de exceções por meio da técnica do *distinguishing*, seja por meio de reconhecimento de exceção direta (*direct exception*) à regra judicial invocada, seja pela via de exceções indiretas (*indirect exception*) ou reclassificação dos fatos (*circumvention*) (BUSTAMANTE, 2016, p. 287).

Essa tese pede por uma “cultura argumentativa”, ou seja, uma ampla discussão, uma análise aprofundada, a cargo de advogados e juízes, que devem trazer à tona tantos julgamentos relacionados quantos forem possíveis, a fim de que sejam coibidas decisões baseadas em questões meramente abstratas, que não têm incidência sobre o caso concreto, permitindo se utilizar, justamente, das técnicas de *distinguishing*.

É possível classificar a técnica de distinção (*distinguishing*) tomando por base um sentido amplo e outro estrito: a distinção em sentido amplo consiste no processo argumentativo ou decisional por meio do qual o raciocínio por contra-analogias se manifesta; a distinção em sentido estrito refere-se ao resultado do processo argumentativo, quando se chega a efetivamente diferenciar dois casos ou duas situações, afastando-se a aplicação de determinado precedente (NUNES; HORTA, 2016).

O *distinguishing* é direito subjetivo da parte e, se dessa forma reconhecido, fará do sistema de precedentes um aliado da razoável duração do processo sem, todavia, precarizar a prestação jurisdicional, aplicando a igualde aos iguais e assegurando o respeito às diferenças.

1.3 Fundamentação adequada e os precedentes no NCPC

Dois institutos extremamente ligados e dependentes, de igual importância, são os do precedente e da fundamentação, aquele deste depende para ser produzido, bem como para ser interpretado e aplicado. Tamanha a importância da fundamentação adequada na decisão judicial, que o legislador afirma ex-

pressamente a nulidade da sentença ou acórdão que não a fizer:

Dessa forma, pelo art. 486 do NCPC, são consideradas sem fundamento as sentenças, acórdãos ou decisões interlocutórias que: i) se limitem a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; ii) empreguem conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; iii) invoquem motivos que se prestariam a justificar qual outra decisão; iv) não enfrentem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; v) se limitem a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso a ser julgado se ajusta àqueles fundamentos; vi) deixarem de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 350).

Para Lorena Barreiros, se fazem comuns as decisões que se limitam a transcrever ementas e enunciados, o que representa uma deformidade, empecilho à devida utilização dos precedentes, se tal defeito não for superado.

Um primeiro sintoma da deformidade encontrável da utilização dos precedentes no Brasil é a sua invocação em um caso concreto apenas pela transcrição de sua ementa. Não raro, decisões judiciais informam esta-rem aplicando um dado precedente, de cujo teor apenas referem a ementa, sem a preocupação de fazer o cotejo fático necessário para que se afira se o caso a ser julgado se insere ou não na linha argumentativa da *ratio decidendi* do precedente utilizado. Casos distintos são, assim, inseridos em uma “vala comum”, como se iguais fossem.

[...] Ainda mais comum é a utilização de enunciado de súmula vinculante (que constitui texto normativo que contempla a especificação da *ratio decidendi* de precedentes retirados em matéria constitucional) como se de texto de lei se tratasse, olvidando-se que sua criação não se faz dissociada de casos concretos, detentores de substratos fáticos que hão de ser considerados na aplicação do enunciado sumular (BARREIROS, 2016, p. 198-199).

Contudo, devemos ser esperançosos e acreditar que a cultura jurídica, influenciada pelo CPC, está indo em direção ao aperfeiçoamento do instituto da fundamentação e, assim, do *stare decisis*.

1.4 Precedentes obrigatórios no CPC

A incidência de precedentes obrigatórios no direito brasileiro foi acrescida e magnificada com o advento do novo Código de Processo Civil. Foram consolidadas as conhecidas hipóteses e estabelecidos novos casos em que serão observados (adotados obrigatoriamente) entendimentos anteriores.

As mais relevantes dentre essas hipóteses serão analisadas individualmente a seguir.

1.4.1 Decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

O Supremo Tribunal Federal exerce uma primorosa função outorgada pela Magna Carta, a qual seja a guarda da Constituição, conforme o artigo 102 da CF. Em razão dessa incumbência, cabe-lhe realizar o controle de constitucionalidade das leis.

Controle de constitucionalidade nada mais é que o exercício de verificação da compatibilidade de lei ou ato normativo, tendo como parâmetro o texto constitucional, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição, devendo toda lei submeter sua matéria ao disposto na Carta Magna, para que seja mantida a ordem jurídica.

Controle de constitucionalidade consiste na verificação da compatibilidade das leis e dos atos normativos com a Constituição. Decorre da supremacia formal da Constituição sobre as demais leis do ordenamento jurídico de um país. Ora, se a Constituição é a lei mais importante do ordenamento jurídico, sendo o pressuposto de validade de todas as leis, para que a lei seja válida precisa ser compatível com a Constituição. Caso a lei ou ato normativo não seja compatível com a constituição, será inválido, inconstitucional (MARTINS, 2017, p. 535).

O controle concentrado, objetivo, fechado, direto ou reservado, se dá quando é proposta uma ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou arguição de descumprimento de preceito fundamental, diretamente na suprema corte, por um dos legitimados, com intuito de que determinada lei ou ato normativo seja declarado inconstitucional, com efeitos *erga omnes*.

A decisão proferida em sede de controle concentrado, dando procedência, alcança toda a coletividade, fazendo com que a lei deixe de produzir efeitos. Assim, somente o Supremo Tribunal Federal é competente para realizar tal controle.

Neste ínterim, a lei federal de nº 13.105 de 2015, o Código de Processo Civil, em seu artigo 927, inciso I, reafirma que as decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade são vinculantes, devendo ser observadas pelos julgadores ao apreciar controvérsia em que esteja presente a aplicação da lei submetida a tal controle anteriormente, sob pena de nulidade.

A ordem de apresentação dos precedentes em cada um dos incisos do artigo 927 do NCPC revela a existência de uma verdadeira hierarquia a ser observada no momento do julgamento. Em primeiro lugar, deverão ser aplicados os precedentes do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade (CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 348).

Desta forma, fica, então, evidenciada a existência de um sistema de precedentes no novo CPC, que dá ênfase primeiramente a decisões do STF, privilegiando a matéria constitucional no sentido de dar valor obrigatório aos precedentes judiciais.

Ressalte-se que, embora não se mencionem os tribunais locais, é essencial que se defenda a interpretação por simetria: o órgão julgador deve seguir a decisão do tribunal local ao tratar de direito estadual (MACÊDO, 2016).

Ocorre que existe também outra espécie de controle de constitucionalidade, o qual todo órgão jurisdicional é capaz de fazê-lo, de forma subjetiva, em um caso concreto, mas, nesse caso, se extrai do inciso I do artigo 927 do CPC que esse controle subjetivo não possui eficácia vinculante.

Contudo, como preleciona Neves (2016), se o referido dispositivo sugere que apenas decisão em controle concentrado é de observância obrigatória, o inciso V parece autorizar também a decisão em controle difuso, pois torna a orientação de plenário ou órgão especial hierarquicamente obrigatória, sendo o STF órgão máximo, esse dispositivo vincula todos os demais juízos.

Essa eficácia vinculante atribuída a precedentes de natureza apenas persuasiva tem sido chamada de abstrativização do controle difuso ou transcendência dos motivos determinantes, justamente por dar ao controle concreto de constitucionalidade um efeito abstrato, transcendendo sua *ratio decidendi*, algo realmente inovador e controverso.

1.4.2 Súmula vinculante

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 103-A, autoriza o Supremo Tribunal Federal, mediante

decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a aprovar súmula que, a partir de sua publicação, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública.

A eficácia obrigatória do enunciado de súmula vinculante está expressa, também, no artigo 927, inciso II, do Código de Processo Civil, o rol de precedentes vinculantes. Contudo, esse atributo da súmula vinculante não é novidade para os conhecedores do direito desde 2004, quando, por meio da Emenda Constitucional nº 45, ratificou-se o instituto.

No mesmo sentido do IRDR, a súmula vinculante surge de uma matéria reiteradamente levada ao Judiciário. Nesse caso, a proposta de uma súmula vinculante poderá ser realizada pelos ministros da suprema corte, ou pelos legitimados nos termos da lei, e aprovada por dois terços dos integrantes do STF.

A súmula vinculante “ terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas” e apenas será cabível quando em relação a tais normas houver “controvérsia atual entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica” (art. 103-A, § 1.º, da CF). (WAMBIER, T., 2016).

Diferente dos outros instrumentos de controle de constitucionalidade, a súmula vinculante não surge como solução para uma controvérsia específica, mas objetiva-se atribuir eficácia vinculante a um entendimento consolidado da suprema corte.

A vinculação da súmula alcançará os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta. Por isso, todo ato de juízes, tribunais e agentes da administração que for de encontro a enunciado de súmula vinculante será passível de reclamação constitucional.

A exceção se dá no âmbito do Poder Legislativo, no que tange ao exercício de sua função normativa, ou seja, poderão os legisladores adotar entendimento diverso do conteúdo de súmula vinculante ao criar uma espécie normativa, não estando, portanto, vinculados.

Com a ressalva de que a súmula não é precedente, causa estranheza a importância a ela atribuída pelo NCPC, pois sua existência está em sentido contrário à própria valorização do precedente judicial como referencial normativo de todo sistema processual. De fato, a incidência da norma jurídica no caso concreto faz nascer o precedente judicial e ele que servirá à

edição do enunciado da súmula. Com efeito, na medida em que o precedente possui força obrigatória, a súmula perde sua própria razão de existir. Assim, quando o §1º do artigo 924 do NCPC determina a edição de enunciado de súmulas, com ou sem caráter vinculante (CF, art. 103-A), cria inegável entrave à boa operação da teoria dos precedentes obrigatórios, pois, como é intuitivo, é o precedente judicial que deverá ocupar a posição de referencial normativo, não a súmula (CAMBI; FOGAÇA, 2016, p. 346-347).

Conforme o destacado acima, alguns pontos com relação à presença da súmula vinculante no rol dos precedentes vinculantes do novo CPC são contestados pela doutrina.

A primeira questão reside na discussão acerca da configuração ou não da súmula como precedente, já que não se encaixa perfeitamente em nenhum dos conceitos, uma vez que não é uma decisão judicial, mas surge para consolidar um entendimento fixado através de precedentes.

O art. 926, §2º ressalta essa inconsistência do legislador ao determinar a edição de súmulas, pois ora incentiva o uso de súmulas como referencial normativo, ora o de precedentes.

Ademais, uma vez que o precedente adquire caráter obrigatório, deve ser observado, unifica e torna pacífica a matéria fruto de reiteradas demandas, função esta que fora anteriormente confiada às súmulas, que, pelo visto, não se mostraram eficazes, pois é de sua característica a abstratividade, a presença de cláusulas gerais, textos genéricos, para que possam ter uma abrangência maior, assemelhando-se muito com o conceito de lei.

Por essa insuficiência, os esforços têm se voltado aos precedentes como solução, para criar normas cada vez mais concretas e menos abstratas, a fim de dar a mínima margem possível a decisões contraditórias. Assim, a súmula “perde” sua função, torna-se “inútil” nesse sentido, pois a sua existência pressupõe, em regra, precedentes anteriores, tendo eficácia apenas em matérias que não foram objeto de nenhum dos outros precedentes obrigatórios.

Para Neves (2016), o inciso II do art. 927 do Novo CPC se justifica apenas se levarmos em conta o objetivo do dispositivo legal de elencar todas as hipóteses em que há eficácia vinculante em nosso sistema jurídico. Afinal, se a súmula é vinculante, é dizer o óbvio que tem eficácia vinculante.

1.4.3 Incidente de assunção de competência

É admissível a assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária, envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos. Este é o texto trazido pelo artigo 947 do novo código.

Quando se tratar de questão de grande relevância e com o objetivo de prevenir ou de compor divergência entre os órgãos do tribunal, pode o relator propor que o recurso seja julgado, não pelo órgão fracionário (v.g., Turma ou Câmara), mas pelo órgão colegiado que o regimento do tribunal indicar (v.g., Seção, Órgão Especial, Pleno). A assunção, pelo colegiado maior, da competência do órgão menor, pode ocorrer quando convier ao interesse público – ou, nos termos do CPC 947, envolver questão relevante de direito, com grande repercussão social e sem repetição de processos (o que remete a questão para o incidente de resolução de demandas repetitivas ou para o procedimento específico do julgamento do RE/REsp repetitivos, conforme o caso). (NERY JR, 2016, p. 256).

Esse é o procedimento pelo qual o colegiado maior assume a competência do colegiado menor, quando se tratar de relevante questão de direito não acobertada por Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

A proposta do relator deverá ser aprovada pelo colegiado, a quem caberá remeter a causa ao exame do órgão colegiado maior. Afetada a causa ao colegiado maior, é dele a competência para decidir se deverá assumir essa mesma competência (NERY JR, 2016).

A decisão proferida nessas circunstâncias fixará uma tese vinculante, obrigando os órgãos subordinados a adotar a *ratio decidendi* firmada no acórdão de assunção de competência.

O referido instituto foi recepcionado pelo TST através da Instrução Normativa n. 39, sendo aplicado também à Justiça do Trabalho. Porém, o 1ª FNPT (Fórum Nacional de Processo do Trabalho) levantou a discussão acerca da constitucionalidade desse precedente obrigatório.

O referido fórum concluiu que é inconstitucional o § 3º do art. 947 do NCPC, que determina que o acórdão emitido nos casos de assunção de competência terá efeito vinculativo para todos os juízes e órgãos fracionários, pois somente a Constituição da República pode autorizar a lei a atribuir a um Tribunal a competência para editar súmulas ou adotar decisão com caráter vinculante.

Esse é o grande foco do debate a respeito da instauração do *stare decisis* no direito brasileiro, a suposta inconstitucionalidade com base no princípio de que somente a Constituição poderia determinar a hipótese de ser atribuído efeito vinculante a precedentes.

Tanto o incidente de assunção de competência quanto o IRDR são técnicas de julgamento para situações distintas, mas que têm em comum a criação de precedentes obrigatórios. É normal que o precedente formado em incidente de assunção de competência venha a ser aplicado com menor frequência por não se tratar de demandas de massa.

1.4.4 Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)

É sabido que o judiciário brasileiro enfrenta graves problemas em sua estrutura. A intensa judicialização é um fator que contribui para essa crise, já que culturalmente grande parte dos conflitos são judicializados independentemente da existência de outras maneiras de solução.

Essa demanda ao longo dos anos vem acumulando processos nas prateleiras ou plataformas dos fóruns e, conseqüentemente, recursos nos tribunais. O serventuário está longe de ser suficiente para dar andamento célere a tantos processos.

Diante disso, vêm-se buscando alternativas para, de certa forma, aliviar esse problema. Nesse contexto surgem os “julgamentos em massa”, como, por exemplo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Notou-se que grande parte das ações que estão em tramitação possuem similaridade de fato e de direito, a exemplo de uma pluralidade de indivíduos que impugnam, individualmente, um mesmo tributo, sob o mesmo argumento. Nesses casos, seria prudente dar-lhes uma solução idêntica, o que traria segurança jurídica e celeridade processual.

Destaque-se, a título informativo, que quem lidera a posição de maior litigante no Poder Judiciário brasileiro é o próprio Poder Público, figurando em 51% das demandas nacionais, estando a União presente em 31% das ações, Estados em 8% e Municípios em 5%, conforme dados do CNJ, sendo muitas dessas ações de matéria comum.

Assim, o IRDR é um instrumento que possibilita aos tribunais fazer um julgamento que tenha o condão de fazer coisa julgada em diversos processos de uma só vez.

Uma vez sedimentada certa orientação jurisprudencial sobre a questão reiterativa, é razoável que todos os casos julgados subseqüentemente, em princípio, sejam decididos de um mesmo modo.

O incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) presta-se a incentivar que isso ocorra.

Serve também para garantir uma discussão mais ampla da questão por ocasião do julgamento que venha a fixar essa orientação a ser seguida nos demais casos. Está regulado nos arts. 976 a 987 do CPC/2015.

Assim, trata-se de mecanismo que permite aos Tribunais de segundo grau (TJs e TRFs) julgar por amostragem demandas repetitivas, que tenham por objeto controvertido uma mesma e única questão de direito. Seleciona-se como amostra um caso, ou um conjunto de casos, em que a questão jurídica repetitiva é discutida e que retrate adequadamente a controvérsia. Essa amostra servirá como base para a discussão e exame daquela questão. No IRDR, o caso-amostra pode ser um recurso, reexame necessário ou uma ação de competência do Tribunal. Depois, aplica-se o resultado do julgamento do caso-amostra (i.e., a “decisão-quadro”) aos demais casos idênticos (WAMBIER, T., 2016).

Esse procedimento assemelha-se ao julgamento de recursos repetitivos dos Tribunais Superiores e está regulamentado nos arts. 976 a 986 do CPC. Destaca-se entre as demandas repetitivas uma amostra, ou seja, um caso, que servirá como parâmetro para a discussão jurídica, sobrestando os processos análogos, e o julgamento deste valerá para todos os demais.

O diploma legal referido acima, em seu artigo 927, inciso III, afirma que os juízes e tribunais observarão os acórdãos em incidente de resolução de demandas repetitivas. O termo “observação” é interpretado pela ampla doutrina como uma imposição do legislador, fazendo do acórdão que decidir em sede de IRDR um precedente obrigatório.

O IRDR surge para exercer uma importante função no processo civil. Seus objetivos são a economia processual, previsibilidade, segurança jurídica e isonomia entre os jurisdicionados.

Os pressupostos para possibilitar o IRDR são a efetiva repetição de processos sobre a mesma questão unicamente de direito (art. 976, I, do CPC). A questão repetitiva pode se referir a questões de direito material ou processual. É preciso ainda que haja um risco de violação da segurança jurídica ou da economia (art. 976, II, do CPC).

Além de instituir o incidente, o código dispõe sobre o respeito às decisões proferidas em demandas repetitivas. O artigo 988,

inciso IV, dispõe que caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de incompetência, tanto na aplicação indevida da tese jurídica como em caso de não aplicação.

Nesse mesmo sentido, o artigo 521, inciso IV, do Código de Processo Civil concede dispensa de caução no cumprimento de sentença provisória sem efeito suspensivo quando estiver conforme precedente fixado em julgamento de demandas repetitivas.

Ainda no intuito de garantir a observância de decisão em sede de IRDR, o CPC possibilita que a demonstração de que o caso em questão se amolda ao julgamento já realizado em âmbito repetitivo é fundamento tanto para a concessão de tutela de evidência (art. 311, inciso II), como possibilita o julgamento monocrático do relator (art. 955, inciso II).

Diante disso, percebe-se a nítida valorização do julgamento proferido em âmbito de julgamento repetitivo pelo novo CPC, com uma forma de prevenir decisões conflitantes em demandas massificadas (MENDES; SILVA, 2016).

Assim, se colocaria um fim à indefinição jurisprudencial que tende a instigar a litigiosidade, pois leva o indivíduo a judicializar sem razão ou recorrer protelatoriamente na expectativa de obter a distribuição do processo a determinado julgador que poderia ter um entendimento favorável.

Há ainda um ponto polêmico quanto ao instituto IRDR no que diz respeito a sua aplicação nos juizados especiais. O artigo 985, inciso I, determina que o julgamento do incidente implicará a aplicação da tese jurídica a todos os processos que versem sobre idêntica questão de direito, inclusive aqueles que tramitam nos juizados especiais do respectivo Estado ou região.

A princípio, a aplicação da vinculação do IRDR nos juizados se mostra uma boa opção, visto que é nesse âmbito que surge a maior parte das demandas repetitivas. Contudo, a doutrina afirma que algumas peculiaridades não foram levadas em consideração pelo legislador, acarretando inclusive na inconstitucionalidade dessas disposições.

É caso da inexistência de subordinação jurisdicional dos juizados aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais, segundo o STF. Nesse caso a vinculação de tese fixada por TJ ou TRF aos juizados viola o entendimento da suprema corte sobre a matéria com base no art. 98, I, da CF.

A lógica do procedimento dos juizados especiais é a de que os incidentes de sua competência devem ser analisados por tur-

ma de juízes de primeiro grau, o que não se limitaria apenas aos recursos. Como exemplo, vem se decidindo que a competência para julgamento de mandado de segurança e *habeas corpus* por ato de juiz do juizado cabe à própria turma recursal, e não ao tribunal, segundo o STF.

Para Koehler (2016), as consequências práticas, caso não acolhida a inconstitucionalidade do IRDR quanto aos juizados especiais, serão negativas, visto que o sistema recursal dos juizados diverge da justiça comum. Afinal, a matéria de competência dos juizados não chegará aos tribunais para que seja fixada a tese.

Dentre todas essas previsões contidas no novo CPC, podemos, então, salientar as principais, que trarão resultados práticos ao cotidiano forense, a título exemplificativo:

1.4.5 Improcedência liminar do pedido

Os precedentes apresentados anteriormente terão, talvez, sua grande importância quando da aplicação do artigo 332 do *Codex* processual, pois serão determinantes já na admissibilidade da petição inicial. Segundo o regramento, o juiz julgará liminarmente o pedido que contrariar enunciado de súmula do STF ou STJ (por isso existe a tese de que, hoje, qualquer súmula editada por esses tribunais detém efeito vinculante, burlando o determinado na CF), acórdão proferido pelo STF ou STJ em julgamento de recursos repetitivos, teses firmadas nos casos de IRDR e IAC e súmula de Tribunal de Justiça quando se tratar de direito local.

Imagine-se a hipótese em que um advogado ajuíza uma ação em favor de seu cliente, sem ter conhecimento de que seu pedido é contrário a teses firmadas em precedentes obrigatórios. Nesse caso seu pedido será julgado improcedente pelo juiz, que sequer citará a parte contrária. Se não o fizer, será caso de reclamação ao tribunal competente, que poderá cassar a decisão do juízo *a quo*, como se verá a seguir.

Tal situação reforça a importância que deve ser dada ao tema por todos os operadores do direito e justifica, ainda mais, a pertinência da presente pesquisa.

1.4.6 Tutela de evidência

O art. 311 cria a denominada tutela de evidência e estabelece que uma das hipóteses de sua concessão (a do inc. II) depende da existência de tese favorável firmada pelos tribunais superiores em julgamento de casos repetitivos ou de súmula vinculante:

A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: [...] II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; [...].

Nesse caso o juiz julgará liminarmente *inadita altera pars*.

1.4.7 Remessa necessária

A remessa necessária não se efetivará se a sentença estiver fundada em súmulas ou acórdãos proferidos em sede de resolução de demandas repetitivas ou em julgamento de recursos repetitivos, a teor do § 3º do art. 496.

Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal. A sentença nas hipóteses elencadas no artigo sobredito, porém, não se aplicará quando estiver fundada em: a) súmula de tribunal superior; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; d) entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

1.4.8 Reclamação

Segundo o artigo 988 do CPC, caberá reclamação para: a) garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; b) garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência.

Verifica-se, portanto, a relevância cada vez maior conferida ao direito jurisprudencial e ao próprio Poder Judiciário, que, balizados pelo processo constitucional e pelas novas premissas do CPC/15 (com destaque, a teoria normativa da compartição), promovem o dimensionamento das mais diversas espécies de litigiosidade (NUNES; HORTA, 2016, p. 303).

Conclusão

Vemos que o legislador preocupou-se em elencar diretrizes à aplicação dos precedentes, que devem reger-se de maneira ínte-

gra, estável e coerente. Ora, essa disposição demonstra o risco que há nesse sistema, a ponto de ser necessário anteceder-lo de princípios. Esses riscos compreendem a precarização jurisdicional em nome da celeridade. Não se pode ter como regra o julgamento coletivo, e ignorar as peculiaridades inerentes aos fatos jurídicos, em que pesem as semelhanças de fato e de direito.

Contudo, embora aparentemente exista um confronto entre o uso de decisões judiciais como forma de criar normas gerais de direito e a limitação da jurisdição à função de “escravo da lei”, é necessário entender que o Estado Democrático de Direito zela pela igualdade de tratamento diante de decisões judiciais. Sendo assim, o fortalecimento da eficácia dos precedentes ajuda a garantir a segurança jurídica, para que casos semelhantes não tenham julgamento diferente.

Portanto, pode-se dizer que, se aplicada responsabilmente, a atribuição de eficácia vinculante a uma gama maior de decisões judiciais compatíveis, legítimas, não ofende a legalidade, representa um avanço na direção da uniformização, da segurança jurídica e da celeridade processual, pontos carentes do direito brasileiro. Sendo assim, feita a correta ponderação entre a individualização e a celeridade, esta não será um fim no processo, e sim uma consequência, como deve ser.

Como se pode perceber, os olhares dos processualistas e juristas em geral encontram-se voltados para esse tema. O estágio atual de conteúdo disponível é de certa forma vasto, porém estando ainda longe de ser esgotado.

Referências

- BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Mateus Vargas. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Juspodivm, 2016.
- DIERLE, Nuner; HORTA, André Frederico. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DONIZETE, Elpidio. **A força dos precedentes do novo código de processo civil**. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOURENÇO, Haroldo. **Precedente Judicial como fonte do direito**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/267708506_PRECEDENTE_JUDICIAL_COMO_FONTE_DO_DIR_EITO_ALGUMAS_CONSIDERACOES_SOB_A_OTICA_DO_NOVO_CPC> Acesso em: 17 fev. 2017.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINHO, Hugo Chacra Carvalho. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. Disponível em: <http://www.marinoni.adv.br/wpcontent/uploads/2016/08/Confer%C3%Aancia_IAP2.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2017.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAXIMILIANO, Ana Maria et al. **Enunciados Aprovados no Fórum Nacional de Processo do Trabalho**. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:_LXFRY0SqMEJ:https://www.cursofmb.com.br/arquivosprof/FNPT-FINAL%2520-%2520enunciados%2520aprovados%2520e%2520revisados.doc+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 17 jan. 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. In: DIDIER JR, Fredie et al. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Joyce Barros. **Precedente judicial como fonte do direito**. Pós-graduação em direito processual civil. [Monografia]. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, 2015.

MERRYMAN, Jhon Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009 .

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NERY JR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. eBook.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2016. Vol. único.

NUNES, Dierle; HORTA, André Frederico. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2016.

PEREIRA, Matheus Costa; ALVES, Pedro Espíndola Bezerra. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2016.

STRECK, Luiz Lênio. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Coleção grandes temas do novo CPC: Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. eBook.

A eficácia das normas constitucionais que promovem a justiça distributiva no capitalismo. Interdisciplinaridade na Economia, Filosofia e Psicanálise

Gouvan Linhares Lopes

Advogado da CAIXA no Ceará

Especialista em Direito Público e Privado

Graduado em Economia, Filosofia e Psicologia

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Especialista em Direito Público e Privado

Graduado em Economia

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar os limites do Direito Constitucional na realização da Justiça Distributiva dentro do capitalismo, ao estabelecer no art. 3º e incisos da Constituição Federal de 1988 como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil *construir uma sociedade livre, justa, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades e promovendo o bem de todos*. Busca-se compreender, a partir da interdisciplinaridade com a Economia, Filosofia e Psicanálise como a concepção de homem pelo Direito influenciou na formação e finalidade do Estado e da ideia de Justiça Distributiva, assim como na eficácia das normas constitucionais que objetivam redução das desigualdades, via regramento da relação jurídica da repartição do produto do trabalho dentro do modo de produção capitalista, fundado no lucro individual, através da mais-valia. Mostra-se a importância deste estudo, ao identificar os mecanismos contraditórios do sistema jurídico e as relações de forças dentro do Estado, que ora estimulam o lucro, ora procuram defender os menos favorecidos, concluindo-se que esse antagonismo interfere na eficácia das normas constitucionais que enunciam os direitos e garantias da Constituição Federal de 1988 e promovem a Justiça Distributiva, inclusive através de ações afirmativas. Diante do quadro apresentado, o presente trabalho, como a seguir demonstrado, reflete sobre o fato (produção e desejo do consumo de bens como origem dos conflitos), do valor (atribuído à forma de

repartição através da necessidade e ideia de Justiça), que culmina com o estudo e eficácia da norma constitucional (art. 3º e incisos).

Palavras-chave: Direito Constitucional. Justiça. Capitalismo. Limites do Direito.

ABSTRACT

This article aims to analyze the limits of Constitutional Law in the implementation of Distributive Justice within capitalism, by establishing in art. 3 and subsections of the Federal Constitution of 1988 as a fundamental objective of the Federative Republic of Brazil, to build a free and fair society, eradicating poverty, reducing inequalities and promoting the good of all. It seeks to understand, from the interdisciplinarity with the economy, philosophy and psychoanalysis like the conception of man by the right, influenced in the formation and purpose of the State and the idea of Distributive Justice, as well as in the effectiveness of the constitutional norms that aim at reducing the inequalities, through the rule of the legal relation of the distribution of the product of labor within the capitalist mode of production, based on individual profit, through surplus value. It is shown the importance of this study, by identifying the contradictory mechanisms of the legal system and the relations of forces within the State, which now stimulate profit, or seek to defend the less favored, and conclude that this antagonism interferes with the effectiveness of the norms constitutional provisions that set forth the rights and guarantees of the Federal Constitution of 1988 and promote Distributive Justice, including through affirmative action. In view of the table presented, the present work, as shown below, reflects on the fact (production and desire of the consumption of goods as the source of conflicts), value (attributed to the form of distribution through the necessity and idea of Justice), which culminates with the study and effectiveness of the constitutional norm (article 3 and subsections).

Keywords: Constitutional Law. Justice. Capitalism. Limits of the Law.

Introdução

O homem, ao nascer dentro de uma sociedade, submete-se a um processo civilizatório que regula, através de diversas regras de conduta, seu comportamento externo, nas suas interações com o mundo e o outro, assim como na maneira de satisfazer seus desejos e necessidades.

Ocorre que, na sociedade atual, chamada de pós-moderna, tais objetivos sofrem interferência, diante da busca do lucro e da concentração da riqueza produzida no modo de produção capitalista albergado também pela Carta Magna (arts. 1º e 170), assim como pelo consumismo, estimulado pelos meios de comunicação, que envolvem a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente).

Tal fato enseja uma divergência entre o que prescrevem as normas jurídicas e as regras de conduta (religiosas, morais e éticas) quanto à distribuição dos bens produzidos na sociedade e ao comportamento no mercado de trabalho.

Portanto, há um descompasso entre os valores insculpidos na norma jurídica e a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano, que compromete a eficácia da norma jurídica, ensejando a problematização do direito, que é o objeto de reflexão deste trabalho

1 Filosofia e problematização do Direito: eficácia da norma e ideia de justiça

O objetivo da filosofia do Direito é problematizar, segundo Cretella Junior (1993, p. 4): "Problematizar o Direito - eis o objetivo da filosofia do Direito".

Neste passo, a filosofia do Direito, segundo Bobbio (2014, p. 53), sempre se ocupou dos três problemas fundamentais da norma jurídica, que são a justiça, a validade e a eficácia: "Pode-se inclusive sustentar que os três problemas fundamentais, de que tradicionalmente se ocupa e sempre se ocupou a filosofia do direito, coincidem com as três qualificações normativas da justiça, da validade e da eficácia".

A reflexão em estudo é exatamente uma investigação em torno da vida do direito, quanto à eficácia das normas constitucionais que promovem a Justiça Distributiva, ou seja, quanto à aplicação dos seus comandos, que envolve o comportamento do homem em sociedade, e dos seus interesses contrastantes, de acordo com Bobbio (2014, p. 53):

O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito.

Nestes termos, como a eficácia da norma jurídica é terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, esta investigação em torno da vida do direito e dos seus limites, com o estudo da eficácia da norma jurídica, justifica uma abordagem interdisciplinar nos campos da Economia, Filosofia e Psicologia.

As paixões, os interesses e os instintos humanos são barrados pelas regras de conduta religiosas, morais, jurídicas e sociais, que regulam a vida social, permitindo a estabilidade da sociedade e das suas instituições no processo civilizatório, conforme as lições de Bobbio (2014, p. 26):

O fenômeno da normatividade nos aparecerá de modo não menos impressionante e ainda mais merecedor da nossa reflexão. A história pode ser imaginada como uma imensa corrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de "civilização".

Dentre as regras de conduta (éticas, morais e sociais) do fenômeno da normatividade, destacam-se as regras jurídicas, que modelam a forma de distribuição dos bens a serem consumidos pela sociedade, dentro do sistema capitalista.

Barrando as paixões e os instintos humanos e regulando as formas de apropriação da riqueza produzida através da Justiça Distributiva, a Lei Maior estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, no art. 3º e incisos, *construir uma sociedade livre, justa, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades e promovendo o bem de todos*.

Na compreensão dos limites do Direito, utiliza-se uma abordagem interdisciplinar (Filosofia, Economia e Psicologia), visando entender como o modo de produção capitalista interfere na eficácia dos direitos e garantias constitucionais e como se torna absurda a ideia do Direito, a partir de um critério de Justiça Distributiva. De acordo com a teoria tridimensional de Reale (1994, p. 120, sublinhas nossas), que visa disciplinar a relação jurídica em questão:

O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. E o que com acume Aristóteles cha-

mava de “diferença específica”, de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito.

Para tanto, esta investigação parte da reflexão sobre a ideia de Justiça e do modo de produção capitalista, mostrando o absurdo da ideia de Direito e as ações afirmativas. Justificando a necessidade da **interdisciplinaridade do Direito com a Psicologia na explicação dos fatos jurídicos** e do desejo humano pelo consumo de bens, mostra a relação entre o sofrimento psíquico e o consumismo como fonte de prazer.

2 Reflexão sobre a ideia de Justiça – binômio escassez x necessidades humanas como origem dos conflitos

2.1 A ideia de Justiça segundo Platão

Mas, afinal, o que é Justiça? Qual a ideia de Justiça?

A República, escrita por Platão, foi a primeira obra dedicada à filosofia da Justiça.

Designando o Justo e legal, as leis, regulando a vida social, impedem as pessoas de sofrerem uma injustiça, de acordo com as lições de Belini (2009, p. 56-57, sublinhas nossas), ao comentar uma das ideias de justiça (não defendida por Platão) na obra *A República*:

Segundo Glauco, “dizem que cometer uma injustiça é por natureza um bem, e sofrê-la, um mal, mas que ser vítima de injustiça é um mal maior do que o bem que há em cometê-la” (358 E). Por isso, as pessoas, principalmente para não serem vítimas de injustiça sem poder cometê-la, estabeleceram as leis que regulam a vida social, designando de legal e justo aquilo que é conforme a lei e convenção. Essa é “a gênese e essência da justiça, que se situa a meio caminho entre o maior bem, não pagar a pena das injustiças, e o maior mal, ser incapaz de se vingar de uma injustiça” (359 A).

Conforme Belini (2009, p. 57), nesse relato de Glauco, a ideia de Justiça é a de um pacto entre os homens, em que o justo seria quem obedece às leis, aproxima-se do pensamento sofista, da Justiça como sendo um pacto entre os homens, igualando a Justiça à Lei:

Glauco apresenta uma idéia nitidamente sofisticada da justiça. Ela é apenas um pacto entre os homens por natureza destinados a receberem injustiças sem poder cometê-las. Estabelecidas as leis, é justo quem lhes obedece, injusto quem desobedece. Assim, se é justo por incapacidade de cometer injustiça, logo, a justiça não é estimada por si mesma, mas é necessariamente praticada pelos incapazes, vale dizer, pelos mais fracos (359 B). Ilustração disso é a história de Gíges com o anel mágico (359 D - 360 B).

2.1.1 A ideia de Justiça em Hobbes

Hobbes acompanha esse entendimento do relato de Glauco (contido na obra *A República*, de Platão) do justo como obediência à Lei.

Desta forma, sem lei não haverá ideia de Justiça.

O Estado administra a Justiça, através das leis que estabelecem um critério de certo e errado, assim como de justo e injusto, pois o desejo humano origina os conflitos humanos e necessidade do Direito e da Justiça, como a seguir demonstrado.

Hobbes (1988, p. 77) articula seu pensamento filosófico a partir de um Estado de Natureza em que os homens seriam totalmente livres e iguais entre si.

Nesse Estado, não haveria poder comum e, destarte, não haveria lei nem noção de Direito, justiça ou injustiça, bem ou mal, numa guerra de todos contra todos, longe da formação da sociedade.

Desta guerra de todos contra todos também isto é consequência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. Na guerra, a força e a fraude são as duas virtudes cardeais. A justiça e a injustiça não fazem parte das faculdades do corpo ou do espírito (HOBBS, 1988, p. 77).

Diante desse quadro de insegurança, dessa luta de todos contra todos decorrente da liberdade e igualdade absolutas, caso dois homens desejem a mesma coisa que não possa ser gozada por ambos, tornam-se inimigos e esforçam-se por destruir ou subjugar um ao outro, de acordo com Hobbes (1988, p. 74-75):

Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para

seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro.

Logo, o desejo humano como origem dos conflitos humanos não poderá ser resolvido por destruição ou outra forma, surgindo, assim, a necessidade do Direito e da Justiça, como um pacto celebrado entre os homens, nos termos do relato de Glauco na obra de Platão.

Segundo Hobbes (1988, p. 161), os homens resolvem estabelecer um contrato para entrar em um Estado Político, que administrará a Justiça através da lei civil e, portanto, de um Direito Positivo que determinará o que é certo ou errado, entre o bem e o mal:

A lei civil é, para todo súdito, constituída por aquelas regras que o Estado lhe impõe, oralmente ou por escrito, ou por outro sinal suficiente de sua vontade, para usar como critério de distinção entre o bem e o mal; isto é, do que é contrário ou não é contrário à regra.

Destarte, nos termos hobbesianos, diante do desejo gerador de conflitos, de conseguir as coisas necessárias para uma vida confortável através do trabalho, surgiu a necessidade do Direito Positivo e da Justiça, passando os homens a aceitarem normas de paz instituídas na Lei, para chegarem a um acordo, que não a destruição de um ao outro.

As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo.

No entanto, como adiante exposto, as coisas necessárias a uma vida confortável, frutos do trabalho, são escassas, ocasionando a necessidade da lei como Direito Posto e da Justiça Distributiva, na tentativa de evitar a guerra de todos contra todos e de igualar os desiguais, distribuindo os bens para pessoas em posições diferentes, nos termos da art. 3º e incisos da Constituição Federal de 1988, que estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa, *construir uma sociedade livre, justa, erradicando a pobreza, reduzindo as desigualdades e promovendo o bem de todos*.

2.2 Do processo de formação do conceito de Justiça Distributiva – binômio escassez x necessidades humanas como origem dos conflitos

2.2.1 Platonismo x Liberalismo. Processo de formação do conceito de Justiça Distributiva

Sobre a repartição dos frutos do trabalho e das coisas necessárias à vida confortável, leciona Casertano (2014, p. 100) que Platão, em sua obra *A República*, pregava uma justiça social e econômica com a abolição da propriedade privada como causa de ruína da cidade inteira:

Platão introduz o conceito revolucionário do seu comunismo: a abolição da propriedade privada para os guardiões e para os governantes, isto é, para os guerreiros e os filósofos, e a “vida em comum” de ambos. Eles não receberam nenhum salário pela sua obra e terão tudo em comunhão. A propriedade privada dos governantes é, de fato, a causa de sua ruína e da cidade inteira.

Essa repartição coletiva dos bens é uma condição de aplicação da Justiça e decorre de os recursos naturais serem escassos, de acordo com as seguintes lições de Hoffe (2003, p. 29, sublinha nossa):

Escassez ou conflito. “Admitamos que a natureza tenha dotado o homem de uma abundância tão rica em todos os confortos exteriores”, de modo que não haja necessidade de um “trabalho penoso”, de “nenhuma agricultura, de nenhuma navegação”, então “afigura-se plausível que em tal estado feliz qualquer outra virtude social floresceria e decuplicar-se-ia, mas nem teríamos sonhado com a virtude cautelosa, desconfiada da justiça”. Como para David Hume (Princípios da moral, Cap. III: “Sobre a Justiça”), assim também para outros filósofos liberais a escassez pertence às condições de aplicação da justiça. E indiretamente Platão já defende essa opinião, à medida que ele ainda não fala de justiça onde os homens estão satisfeitos com o que é necessário para seu sustento. Com efeito, muitas tarefas da justiça resultam da limitação dos recursos naturais.

Portanto, tem-se como condição de Justiça para Hume o binômio escassez dos recursos/bens e para Hobbes os desejos humanos para satisfação de suas necessidades.

No entanto, na tradição liberal, o Estado, com a revolução industrial e o conseqüente modo de produção capitalista, não

tinha como tarefa distribuir ou redistribuir bens escassos para satisfação dos desejos humanos, pois acreditava numa mão invisível na economia, apreçoada por Adam Smith, em sua obra *Riqueza das Nações*, como distribuidora adequada dos bens, conforme leciona Amaral Junior (1999, p. 416/419):

A primeira versão dos direitos, na tradição liberal, está associada a essa visão do indivíduo como dono de si, capaz de ser proprietário de bens materiais e livre para comprar e vender no mercado. [...] Não havendo interferência perturbadora, a distribuição do mínimo necessário à vida será garantida, até porque os ricos não podem consumir alimentos além de certo limite. A mão invisível não só garante o funcionamento eficiente da economia, orientando-a para o máximo aproveitamento dos meios de produção, mas também assegura a adequada distribuição dos bens.

Nesse quadro de injustiça social, surge uma nova concepção de Justiça Distributiva, de acordo com Fleischacker (2006, p. 81), pois, no século XVIII, o Estado passou a ter a tarefa de distribuir bens e riquezas, visando não levar à ruína a cidade inteira, nos termos platônicos.

Por volta do final do século, começamos a ver claramente uma crença segundo a qual o Estado pode e deve tirar as pessoas da pobreza, e que ninguém merece, e nem precisa, ser pobre, e que, em vista disso, é tarefa do Estado, pelo menos em parte, distribuir ou redistribuir bens.

Afinal, a visão de mercado de Adam Smith, de uma mão invisível assegurando uma adequada distribuição dos bens, mostrou-se irreal, pois gerava concentração de renda e o comprometimento da vida dos trabalhadores, como demonstra o pensamento de Marx, em sua obra *O Capital* – a seguir exposto –, numa crítica ao capitalismo que guarda sintonia com o platonismo.

2.2.2 Platonismo e Marxismo. A ideia grega de Justiça como desigualdade

É conhecido o pensamento de Aristóteles quanto ao fato de ser natural a escravidão e, destarte, a desigualdade entre os homens.

Bodéus (2003, p. 50) leciona que o pensamento grego de Aristóteles entende justa e natural a desigualdade entre os homens, decorrente de suas posições na associação do trabalho:

A posição de Aristóteles resume-se, pois, primeiramente, em contestar a dos modernos ao avaliar essencial e natural entre os homens segundo a desigualdade de suas posições nas associações de trabalho, exigidas para a sobrevivência.

No entanto, esse entendimento não guarda sintonia com o platonismo e o marxismo, que entendem ser o tecido social minado pelo egoísmo e propriedade privada, de acordo com Bodéus (2003, p. 52):

O parentesco do projeto platônico com todas as formas posteriores de comunismo, inclusive as que foram inspiradas pelo marxismo contemporâneo, não é um parentesco vago.

Ele se baseia, em primeiro lugar, em uma reação ao mesmo egoísmo que parece ser consagrado pela propriedade privada e que parece minar a solidariedade necessária ao tecido sociopolítico.

Contrariando o pensamento de Platão e Marx, tanto o trabalho como a propriedade privada, nos termos do inciso IV do art. 1º da CF/88, são fundamentos da República Federativa do Brasil, pelos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, representada no modo de produção capitalista.

Igualmente, o art. 170 da Lei Maior assevera que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da propriedade privada e da função social da propriedade.

Nesses termos, cabe uma reflexão sobre o modo de produção capitalista como fundamento da República Federativa (art. 1º e 170/CF88), que, segundo Platão e Marx, funciona na base do egoísmo e da propriedade privada, diante dos objetivos da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades (art. 3º e incisos da CF/88).

3 Modo de produção capitalista (arts. 1º e 170 CF/88)

Ocorre que, no modo de produção capitalista, há impossibilidade de uma distribuição equânime do resultado do trabalho, explicada por Marx com o termo mais-valia, diante do conflito entre o capital e o trabalho.

Na mais-valia, segundo Marx, o trabalhador vende sua força de trabalho ao capitalista detentor dos meios de produção, por um valor suficiente apenas para comprar uma cesta de bens

necessários ao seu sustento e produz bens em valor maior, de acordo com as lições Meireles (2000, p. 26):

Para explicar o fenômeno, seria necessário encontrar-se uma mercadoria que, tendo um determinado valor, fosse, contudo, capaz de produzir um valor maior. E essa mercadoria existe: para Marx é a “força do trabalho”, origem da mais-valia.

Para esse teórico, o capitalista compra a “mercadoria” força de trabalho por um determinado valor, valor esse que é suficiente para que o trabalhador compre uma cesta de bens necessários ao seu sustento, e o faz produzir bens em valor maior, pelo expediente do prolongamento da jornada de trabalho. O valor correspondente a esta jornada excedente constitui a mais-valia.

Ora, esse valor para a compra de uma cesta de bens necessários para suprir suas necessidades vitais básicas encontra-se previsto como salário mínimo, no inciso IV do art. 7º da Constituição Federal, como direito do trabalhador, nos seguintes termos:

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Logo, há uma desigualdade estrutural do sistema capitalista, fruto do egoísmo e da propriedade privada, que a Justiça com seus mecanismos, como, por exemplo, as ações afirmativas, não é capaz de modificar, restando o absurdo humano e do próprio Direito, no confronto entre os fatos e a ideia de Justiça, entre o trabalho e o capital, que se tornam inconciliáveis, nos termos do pensamento filosófico de Camus, onde o Direito apresenta-se como ausente de um conteúdo ético delineado (fl.17), adiante exposto.

4 O absurdo da ideia de Direito na Filosofia camusiana e as ações afirmativas

Diante da violência de os homens se diferenciarem pelas classes sociais, manifesta-se Einstein (2016, p. 1) frente ao absurdo no confronto entre o desejo humano de compreender o mundo e sua incapacidade de entendê-lo, na busca de um sentido ou finalidade para a existência:

Minha condição humana me fascina. Conheço o limite de minha existência e ignoro por que estou nesta terra, mas às vezes o pressinto. [...] Vejo os homens se diferenciarem pelas classes sociais e sei que nada as justifica, a não ser pela violência. Sonho ser acessível e desejável para todos uma vida simples e natural, de corpo e espírito. [...] Vejo então o mundo com bom humor. Não posso me preocupar com o sentido ou a finalidade de minha existência, nem da dos outros, porque, do ponto de vista estritamente objetivo, é absurdo.

Igualmente, relata Camus (1989, p. 44) que o homem vive frente a uma incompreensão diante da vida, do seu significado e finalidade, que gera uma angústia. O absurdo reside neste confronto entre o desejo de entendimento do mundo e da vida e a impossibilidade de compreensão.

Camus desenvolve uma filosofia do absurdo humano, do confronto entre a realidade dos fatos e as ideias, no caso entre a desigualdade estrutural do sistema capitalista em que os homens se diferenciam pelas classes sociais, como anteriormente exposto por Einstein, e a ideia de Justiça que propicie uma distribuição dos bens de forma justa e igualitária, pois a escassez pertence às condições de aplicação da justiça, conforme visto antes nas lições de Hoffe (2003, p. 29), ao expor o pensamento do filósofo Hume.

Esse absurdo será maior na medida em que as ideias e os fatos se confrontem, de acordo com Camus (1989, p. 44), quando há uma comparação e, destarte, um divórcio, no caso, entre um estado de fato (a situação do trabalhador no modo de produção capitalista e a mais-valia) e a ideia de uma Justiça Distributiva.

Há casamentos absurdos, desafios, rancores, silêncios, guerras e até acordos de paz. Para cada um deles, a absurdidade nasce de uma comparação. Tenho base, portanto, para dizer que o sentimento da absurdidade não nasce do simples exame de um fato ou impressão, mas que ele brota da comparação entre um estado de fato e uma certa realidade, entre uma ação e o mundo que a ultrapassa. O absurdo é essencialmente um divórcio. Não está nem num nem noutro dos elementos comparados: nasce de sua confrontação.

O Estado, através de norma de aplicação geral do art. 3º e incisos da CF/88, reconhece esse absurdo camusiano, pois há um divórcio entre a ação de promover uma Justiça Distributiva a quem não detém os meios de produção (ao estabelecer como objeti-

vos fundamentais da República Federativa a redução de todas as formas de desigualdade e o combate a todas as formas de discriminação e marginalização) e o mundo, regido pelo modo de produção capitalista, baseado no egoísmo humano e na propriedade privada, como fundamentos da República Federativa (art. 1º e 170/CF88), mostrando-se a construção do fenômeno jurídico na pós-modernidade, baseado em categorias/normas abstratas e idealistas.

Visando evitar a discriminação ao acesso a bens fundamentais como educação e emprego, reconhecido na Lei Maior (art. 3º e incisos), as ações afirmativas buscam minorar esse divórcio em que se encontra o trabalhador e a ideia de Justiça Distributiva, apontado por Camus (1989, p. 44), com vistas a uma efetiva igualdade de oportunidades a que todos têm direito, conforme as seguintes lições de Santos (2003, p. 27, sublinha nossa):

Atualmente as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias, baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária. Visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido - o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Diante da escassez dos recursos como condição de aplicação da Justiça, há necessidade de o Estado harmonizar o mundo do trabalho para que os bens produzidos possam ser comprados, segundo Einstein (2016, p. 85):

Inclino-me a pensar que o Estado pode ser realmente eficaz se marcar os limites e harmonizar os movimentos do mundo do trabalho. Deve velar para reduzir a concorrências das forças de trabalho a limites humanos, garantir a todas as crianças uma educação sólida, garantir um salário suficientemente elevado de forma que os bens produzidos sejam comprados. Por seu estatuto de controle e de regulamentação, o Estado pode realmente intervir, se suas decisões forem preparadas por homens competentes e independentes com toda a objetividade.

No entanto, o absurdo camusiano e do próprio Direito mantém-se, mesmo diante das ações afirmativas previstas na Constituição Federal de 1988, com a missão do Estado, segundo Einstein, de marcar os limites e harmonizar os movimentos do mundo do trabalho.

Eis o problema do Estado, na regulação e socialização do egoísmo, pois a política é o reino das relações de forças, segundo Sponville (2002, p. 30), onde não é possível, diante do sistema capitalista, efetivar uma maior Justiça Distributiva, gerando para o Direito seu próprio absurdo.

O grande problema do Estado é a regulação e a socialização dos egoísmos. É por isso que ele é necessário. É por isso que é insubstituível. A política não é o reino da moral, do dever, do amor. É o reino das relações de forças e de opiniões, dos interesses e dos conflitos de interesses. Vejam Maquiavel ou Marx.

Neste passo, a explicação dos limites do Direito perpassa uma necessidade de compreensão do comportamento humano e de sua natureza egoísta nas relações, que justifica uma interdisciplinaridade da Ciência Jurídica com a Psicologia na explicação dos fatos jurídicos.

5 A interdisciplinaridade do Direito com a Psicologia na explicação dos fatos jurídicos

A explicação dos limites do Direito perpassa uma necessidade de compreensão do comportamento humano e de suas relações, a demonstrar como a concepção de homem pelo Direito influenciou na formação e finalidade do Estado e da ideia de Justiça Distributiva, assim como na eficácia das normas constitucionais que objetivam redução das desigualdades, via regramento da relação jurídica da repartição do produto do trabalho dentro do modo de produção capitalista, fundado no egoísmo e no lucro individual, através da mais-valia.

Enquanto o Direito refere-se ao dever-ser, através da normatização que regula as leis do convívio, a Psicologia refere-se ao Ser, como ele é, na busca da compreensão dos comportamentos, conforme Ieciona Sordi (2007, p. 293):

O direito e a psicologia são ciências que, em última análise, têm o mesmo objeto de estudo, qual seja: o Homem e as relações humanas. Enquanto o direito se ocupa com a normatização dos comportamentos humanos que fazem parte das relações sociais, tratando de regulamentar as leis do convívio, a psicologia busca uma compreensão da inter-relação de fatores etiológicos, biológicos, sócio-econômicos e culturais, entre outros, determinantes dos comportamentos chamados patológicos.

Na normatização dos comportamentos humanos, o Direito, na vontade coletiva do Estado de redução das desigualdades (art. 3º e incisos da CF/88) e de uma maior Justiça Distributiva, não sabe o que acontece na intersubjetividade do sujeito de direito, em seu plano psicológico.

O Direito, dentro do fenômeno da normatização que regula as leis de convívio e barra os instintos e paixões, é repressor de comportamentos que comprometem a sociedade, opondo-se à satisfação das paixões em que tudo se passa segundo o desejo e vontade do ente racional, de acordo com Kant (2003, p. 443).

Neste passo, a absurdidade do Direito, nos termos camusianos, surge na confrontação entre um estado de fato e da realidade, entre a busca do Direito por uma Justiça Distributiva e a própria natureza humana.

Embora o Estado, em Hobbes, restrinja a liberdade individual para aquilo que não é proibido pelas leis, de forma negativa, segundo Freud (1978, p. 116) o homem, por sua natureza, sempre reivindicará sua liberdade individual, contra a vontade do grupo, estabelecida no direito positivo (art. 3º e incisos da CF/88) na redução de todas as formas de desigualdade e erradicação da pobreza.

Logo, citada norma constitucional (art. 3º. CF/88) não tem qualquer influência de transformar a natureza egoísta do homem, no caso, na exploração da força de trabalho do outro e na busca do lucro, de acordo com o seguinte trecho: “Não parece que qualquer influência possa induzir o homem a transformar sua natureza na de um térmita. Indubitavelmente, ele sempre defenderá sua reivindicação à liberdade individual, contra a vontade do grupo” (FREUD, 1978, p. 116).

Desta forma, o direito positivo, através da Lei, como fonte de limitação da liberdade individual do homem como lobo do homem, também apregoada por Hobbes para possibilitar a vida em sociedade, é uma fonte de sofrimento psíquico, frente à inibição dos seres humanos em explorar a força de trabalho do próximo, sem ressarcir-lo, por exemplo, nos termos da lição de Freud (1978, p. 133):

Sob circunstâncias propícias, quando estão ausentes as forças anímicas contrárias que a inibem, [a agressão cruel] se exterioriza também espontaneamente, desmascara os seres humanos como bestas selvagens que nem sequer respeitam os membros de sua própria espécie. Em conseqüência, o próximo não é somente um possível auxiliar e objeto sexual, mas uma tentação para satisfazer nele a agressão, explorar sua força de trabalho sem ressarcir-lo, usá-lo sexualmente sem seu consentimento, despojá-lo de seu patrimônio, humilhá-lo, infligir-lhe dores, martimizá-lo e assassiná-lo. *Homo homini lupus*. Quem, em face de toda sua experiência da vida e da História, terá a coragem de discutir essa asserção?

O sofrimento decorrente do relacionamento com o outro, segundo Freud (1978, p. 67, sublinha nossa), é o mais penoso:

Assim, nossas possibilidades de felicidade sempre são restringidas por nossa própria constituição. Já a infelicidade é muito menos difícil de experimentar. O sofrimento nos ameaça a partir de três direções: de nosso próprio corpo, condenado à decadência e à dissolução, e que nem mesmo pode dispensar o sofrimento e a ansiedade como sinais de advertência; do mundo externo, que pode voltar-se contra nós com forças de destruição esmagadoras e impiedosas; e, finalmente, de nossos relacionamentos com os outros homens. O sofrimento que provém dessa última fonte talvez nos seja mais penoso do que qualquer outro. Tendemos a encará-lo como uma espécie de acréscimo gratuito, embora ele não possa ser menos fatidicamente inevitável do que o sofrimento oriundo de outras fontes.

Logo, objetivamente, a realidade do mundo, regido pelo modo de produção capitalista baseado no egoísmo humano e na propriedade privada, como fundamentos da República Federativa (art. 1º e 170/CF88), abre a possibilidade de o outro ser explorado em sua força de trabalho através da mais-valia, comprometendo a eficácia da norma (art. 3º e incisos da CF/88) que objetiva a redução das desigualdades, assim como das ações afir-

mativas, ensejando sofrimento psíquico e sentimento de impotência econômica e de poder político no cidadão.

Como elemento psicológico que acompanha a produção no modo capitalista, constata-se que, frente ao sofrimento psíquico e compensação pela impotência econômica e do poder político, o cidadão passará a consumir, visando não se lembrar do trabalho que foi necessário para produzir seus brinquedos, conforme as seguintes lições Silva (2016, p. 216):

Pensar por esta via permite tematizar algo esquecido pelos teóricos do consumo, nos lembra Jameson (2002), uma vez que mostra que o trabalho e o modo de produção que o orienta não acabou e que está em permanente dinamismo e mutação no capitalismo tardio.

A outra definição de reificação que tem sido relevante nos últimos anos é a do “apagamento dos traços da produção” do próprio objeto, da mercadoria assim produzida. Esse procedimento consiste em ver a questão do ponto de vista do consumidor: sugere que o tipo de culpa da qual as pessoas são liberadas se conseguirem não se lembrar do trabalho que foi necessário para produzir seus brinquedos e suas mobílias. Assim, para uma sociedade que quer se esquecer das classes sociais, a reificação, nesse sentido de embalar o consumidor, é realmente muito funcional; o consumismo como cultura envolve muito mais que isso, mas esse tipo de “esmaecimento” é certamente a precondição indispensável a partir da qual todo o resto é construído. Uma psicologia social marxista tem que insistir acima de tudo nos elementos psicológicos que acompanham a produção. A impotência é exatamente isso, uma mortalha sobre a psique, a perda gradual do interesse no eu e no mundo exterior, algo bastante parecido com a descrição de luto por Freud. [...] É claro que a outra maneira é o próprio consumismo, como uma compensação pela impotência econômica que é também uma ausência total de poder político: o que é chamado de apatia dos eleitores é principalmente visível nas camadas sociais que não têm meios para se distrair através do consumo.

Diante desse sofrimento e para amenizá-lo, há uma clara relação entre o consumismo e a moral, nos termos da lição de Bauman (2013, p. 95), como a seguir demonstrado:

Deve-se ter cuidado ao pronunciar veredictos inequívocos sobre as complicadas relações entre consumismo e moral. Como as coisas estão nesse momento, a relação não é diferente dos dilemas dos inúmeros matrimônios de nossos dias: os cônjuges acham a convivên-

cia penosa e turbulenta, cheia de som e fúria, e muitas vezes repugnante e insustentável; no entanto, mal podem viver um sem o outro, e o divórcio é uma opção impensável.

6 Consumismo e moralidade

No século XX, ocorreram profundas mudanças na sociedade humana, que receberam vários adjetivos, tais como sociedade pós-moderna, sociedade pós-capitalista, sociedade da informação ou modernidade líquida.

Corolário dessas mudanças, a ética, como uma das regras do fenômeno da normatividade (além das regras morais, jurídicas e sociais), que barram os instintos e paixões, foi afetada.

Há uma evidente crise ética (no sentido de como viver), fruto de um novo olhar do homem sobre si mesmo, numa evidente liquidez e superficialidade de suas relações, chamada por Bauman (2001) de modernidade líquida, ao contrário da modernidade sólida, do período anterior, propiciando maiores possibilidades e desejos que norteiam sua busca de felicidade.

As pessoas foram libertadas de suas velhas gaiolas pelos poderes de derretimento da modernidade, tendo entre as várias escolhas possíveis, "in casu", pelo consumismo como forma de suportar o sofrimento psíquico.

Barros (2005, p. 47) leciona que esta fragmentação de um sentido e múltiplos caminhos a serem seguidos gera o esvaziamento de valores até então instituídos pela cultura:

Os tempos de hoje se caracterizam pela fragmentação de um sentido, por múltiplas direções ordenando o caminho para os homens, vias plurais: diversas teorias sobre o comportamento produzem uma pluralidade de conhecimentos e conceitos causando o esvaziamento dos valores até então instituídos na cultura. O homem já não partilha de um consenso sobre uma orientação que lhe indique a estrada em direção ao bem.

Esse fenômeno de fragmentação se expande por todo o planeta globalizado. Basta olharmos as manchetes de jornais para nos depararmos com a expressão de uma falência na eficácia de certos valores morais publicamente estabelecidos, manifesta tanto no cotidiano, por meio de comportamentos individuais, quanto na vida política, econômica e social. Há quem diga de uma certa falência do pai, do nome e da lei. Falha a crença numa ordem que promova em volta de si uma unidade. Hoje lidamos com a pluralidade em todos os campos.

Frente a essa crise ética da pós-modernidade, a reflexão sobre como viver e o que é a vida guarda estreita relação com a

busca da felicidade, encontrando a Filosofia seu objeto, de acordo com Nasio (2012a, p. 12):

A filosofia não é apenas atividade de pensadores brilhantes porém excêntricos, como popularmente se pensa. Filosofia é o que todos fazemos quando estamos livres de nossas atividades cotidianas e temos uma chance de nos perguntar: o que é a vida e o universo?

A ética, enquanto ramo da Filosofia, responde a como viver, que leva à sabedoria ou felicidade; a moral responde o que devo fazer, nos termos das seguintes lições de Sponville (2002, p. 139):

Como viver? É essa a questão com que a filosofia, desde seu começo, se depara. A sabedoria seria a resposta, mas encarnada, mas vivida, mas em ato: cada qual invente a sua. E aí que a ética, que é uma arte de viver, se distingue da moral, que só concerne aos nossos deveres. Que as duas possam e devam andar juntas, é óbvio. Perguntar-se como viver também é perguntar-se que importância atribuir a seus deveres. Mas nem por isso os dois escopos deixam de ser diferentes. A moral responde à pergunta: Que devo fazer? A ética, à pergunta: Como viver? A moral culmina na virtude ou santidade; a ética, na sabedoria ou na felicidade.

Na pergunta sobre como viver (ética) ou o que devo fazer (moral), surge o ponto de ruptura da pós-modernidade, em que o certo e o errado passam a ser palpite de cada um, inclusive nas diversas maneiras de fugir do sofrimento e atingir a felicidade, numa universalidade moral que se afasta do kantismo, conforme Barros Filho (2013, p. 36):

Neste ponto, o senso comum moral se afasta do kantismo. Porque é muito comum encontrar justificativas que se fundam na parcialidade do julgamento moral. O certo e o errado vão muito de cada um, decreta o palpiteiro, com ares de erudição. Além do senso comum, pensadores legítimos, arautos da pós-modernidade, consideram que um dos principais pontos de ruptura entre o pós e o simplesmente moderno reside neste ponto, da universalidade moral.

Frente a essa universalidade moral, a opção freudiana de fugir do sofrimento através do consumismo passa a ser certa ou errada, dependendo do palpite de cada um, sendo estimulada pela sociedade de consumo e pelos meios de comunicação a não satisfação de seus membros, nos termos das seguintes lições de Bauman (2008, p. 64):

A sociedade de consumo prospera enquanto consegue tornar perpétua a não-satisfação de seus membros (e assim, em seus próprios termos, a infelicidade deles). O método explícito de atingir tal efeito é depreciar e desvalorizar os produtos de consumo logo depois de terem sido promovidos no universo dos desejos dos consumidores. Mas outra forma de fazer o mesmo, e com maior eficácia, permanece quase à sombra e dificilmente é trazido às luzes da ribalta, a não ser por jornalistas investigativos perspicazes: satisfazendo cada necessidade/desejo/vontade de tal maneira que eles só podem dar origem a desejos/vontades ainda mais novos. O que começa como um esforço para satisfazer uma necessidade deve se transformar em compulsão ou vício. E assim ocorre, desde que o impulso para buscar soluções de problemas e alívio para as dores e ansiedades nas lojas, e apenas nelas, continue sendo um aspecto do comportamento nas apenas destinado, mas encorajado com avidez, a se condensar num hábito ou estratégia sem alternativa aparente.

Destarte, na sociedade atual, chamada de pós-moderna, a vontade coletiva (art. 3º CF/88) de aplicação da Justiça na redução das desigualdades sofre interferência, diante da busca do lucro e da concentração da riqueza produzida como símbolo de sucesso pessoal no modo de produção capitalista (art. 170 CF/88).

Nos termos das lições acima, a perpétua infelicidade a ser suprimida como ideal de felicidade pelo consumismo, estimulado pelos meios de comunicação, frente às garantias constitucionais da liberdade de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV CF/88, respectivamente), implica a nível subjetivo uma sensação de desigualdade e uma percepção de uma inevitável ausência de Justiça Distributiva, como adiante demonstrado.

6.1 Consumismo x meios de comunicação

Se, por um lado, os membros da sociedade submetem-se a uma desigualdade estrutural do sistema capitalista, fruto do egoísmo e da propriedade privada, que a Justiça com seus mecanismos não é capaz de modificar, por outro lado, submetem-se a uma propaganda maciça, que estimula um maior sofrimento, assim como uma perpétua infelicidade, a ser suprida pelo consumismo.

O consumo é um fato social próprio da existência humana na satisfação de suas necessidades, através do qual os cidadãos consumidores adquirem bens ou serviços realmente oferecidos no mercado, quando estão realmente precisando destes.

Por outro lado, no consumismo, não ocorre a real necessidade do bem ou serviço, ou seja, o consumidor, indiscriminadamente, adquire do fornecedor esses objetos sem a real necessidade destes. Tal fato é próprio das sociedades capitalistas, em que a compra é estimulada pela publicidade em rádios, televisões, jornais, revistas e outros meios de comunicação. Nesse caso, o consumidor acredita que a aquisição de determinados bens e serviços, direcionados pela publicidade, proporcionar-lhe-á bem-estar.

O consumismo, que ocorre no sistema capitalista, iniciou-se, segundo estudiosos, a partir de 1920 e após a Segunda Guerra Mundial com a criação da obsolescência programada, visando evitar o declínio da economia americana.

O consumismo, como fenômeno de massa, foi um desdobramento dessa situação, em que as pessoas passaram a adquirir produtos no mercado sem necessidade, pois havia uma produção excedente ofertada que deveria ser consumida. Os fornecedores, para promover o consumo das mercadorias produzidas, passaram a utilizar, entre outras, as seguintes estratégias:

a) a obsolescência programada, visando ao descarte mais rápido dos produtos vendidos;

b) a utilização da propaganda como ferramenta para induzir os consumidores ao comportamento de adquirir produtos sem necessidade e produzir felicidade.

Criticando a obsolescência programada, vale ser transcrito o seguinte trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 984.106, julgado em 04.10.2012, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão. Nessa decisão, ao relatar que os produtores tornam os produtos menos duráveis de forma proposital para que o consumidor promova novas aquisições, determinou, baseado no Código de Defesa do Consumidor, que o fornecedor repare o dano/bem, no caso um trator com defeito apresentado fora do prazo de garantia:

6.2. Ressalte-se, também, que desde a década de 20 - e hoje, mais do que nunca, em razão de uma sociedade massificada e consumista -, tem-se falado em *obsolescência programada*, consistente na redução artificial da durabilidade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura.

Como se faz evidente, em se tratando de bens duráveis, a demanda por determinado produto está visceralmente relacionada com a quantidade desse mesmo produto já presente no mercado, adquirida no passado. Com efeito, a maior durabilidade de um

bem impõe ao produtor que aguarde mais tempo para que seja realizada nova venda ao consumidor, de modo que, a certo prazo, o número total de vendas deve cair na proporção inversa em que a durabilidade do produto aumenta.

Nessas circunstâncias, é até intuitivo imaginar que haverá grande estímulo para que o produtor eleja estratégias aptas a que os consumidores se antecipem na compra de um novo produto, sobretudo em um ambiente em que a eficiência mercadológica não é ideal, dada a imperfeita concorrência e o abuso do poder econômico, e é exatamente esse o cenário propício para a chamada *obsolescência programada* (a propósito, confira-se: CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. *A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e a tutela do consumidor*. in: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. vol. 1. Porto Alegre: Magister (fev./mar. 2005 e vol. 42, dez./jan. 2012).

Na obsolescência psicológica, de acordo com Packard (1965, p. 174), caberá aos meios de comunicação, através da propaganda, instigar no comprador esse desejo de possuir, interferindo em sua liberdade psicológica:

A dificuldade no emprego dessa segunda forma de criação da obsolescência como uma estratégia está em convencer o público de que o estilo é um importante elemento na desejabilidade do produto. Uma vez aceita essa premissa, é possível criar a obsolescência na mente simplesmente mudando-se para outro estilo. Às vezes, essa obsolescência de desejabilidade é chamada "obsolescência psicológica".

Destarte, se, por um lado, os fornecedores, donos dos meios de produção, passaram a utilizar a obsolescência programada para diminuir a vida útil dos produtos, por outro, passaram a utilizar a propaganda como estímulo à compra pelos consumidores, interferindo na liberdade psicológica das pessoas.

A questão da propaganda repercute na liberdade psicológica do indivíduo e, destarte, na compra, devido ao consumismo, como forma de fugir do sofrimento, estimulado pelos meios de comunicação, que teve início, historicamente, com o desenvolvimento do capitalismo, o excesso de oferta de bens e a obsolescência programada e psicológica.

Nestes termos, o Estado, segundo Einstein (2016, p. 85), além de não ser capaz de promover uma Justiça Distributiva na harmonização do mundo do trabalho para que os bens produ-

zidos possam ser comprados, ainda deixará seus cidadãos serem submetidos, de acordo com Bauman (2008, p. 64), a nível psicológico, a uma eterna insatisfação como consumidores, sob pena de desaquecimento da economia, pois, “sem a repetida frustração dos desejos, a demanda de consumo logo se esgotaria e a economia voltada para o consumidor ficaria sem combustível”.

Tal insatisfação deverá ser promovida pelos fornecedores dos produtos, que exercem atividade econômica, através da publicidade dos bens produzidos e ofertados aos consumidores, destinatários desta propaganda, e não guardam nenhuma censura, nos termos da Lei Maior, em que se destaca o inciso IX do art. 5º e vedação a qualquer censura no parágrafo 2º do artigo 220:

Art. 5º. [...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

[...] §2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Botton (2013, p. 83) assevera que há interesses dos fornecedores/empresários que atuam na iniciativa privada e visam ao LUCRO em provocar esse impulso na compra dos seus produtos supérfluos, ao associá-los na publicidade como solução plausível para as necessidades no plano psicológico do consumidor (opinião vã), desvalorizando, assim, o que não pode ser comprado, como amizade, reflexão e liberdade:

Por que, então, somos tão fortemente atraídos por coisas caras, se elas não podem nos trazer alegrias extraordinárias? Por causa de um erro semelhante ao do enfermo acometido de uma crise de enxaqueca que faz uma perfuração no crânio; porque objetos caros podem parecer soluções plausíveis para necessidades que não compreendemos. Os objetos imitam, em uma dimensão material, aquilo que necessitamos no plano psicológico. Precisamos reorganizar nossa mente, mas somos seduzidos por prateleiras repletas de novidades.

Mas não somos os únicos culpados de nossos equívocos. Nosso débil entendimento de nossas necessidades é agravado pelo que Epicuro denominou de “opiniões vãs” daqueles que nos cercam, que não refletem a hierarquia natural de nossas necessidades,

ênfatisando o luxo e a riqueza, raramente a amizade, a liberdade e a reflexão. A prevalência de uma opinião vã não é uma coincidência. Faz parte dos interesses do mundo dos negócios que essa hierarquia seja desvirtuada, para a promoção de uma visão material do bem e uma desvalorização do que não pode ser comprado.

Os anunciantes dos produtos ou serviços são pessoas titulares de direitos fundamentais que atuam como agentes econômicos na livre iniciativa, tutelada como princípio fundamental no inciso IV do artigo 1º e caput da Lei Maior. No artigo 170 da CF/88, como princípio da atividade econômica, a livre iniciativa é também assegurada, juntamente com a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Insuflado e estimulado pelas promessas de uma felicidade material das propagandas elaboradas pelos fornecedores indicados no Código de Defesa do Consumidor, numa liberdade de expressão sem limites para esta situação, o consumidor, o "Homo Consumens", somente se considera aceito socialmente se consumir os produtos das empresas e marcas que aparecem nos meios de comunicação.

Hannah Arendt, de forma magnífica, resume a dinâmica desse consumismo, cuja origem remonta à obsolescência programada americana do desperdício, em que se tem de devorar móveis, carros e não apenas usá-los, leia-se consumi-los, de acordo com o seguinte trecho:

Em nossa necessidade de substituir cada vez mais depressa as coisas mundanas que nos rodeiam, já não podemos nos dar ao luxo de usá-las, de respeitá-las e preservar sua inerente durabilidade; temos que consumir, devorar, por assim dizer, nossas casas, nossos móveis, nossos carros, como se estas fossem as "boas coisas" da natureza que se deteriorariam se não fossem logo trazidas para o ciclo infundável do mutabilismo do homem com a natureza (ARENDR, 1981, p. 138).

Tal fato fragiliza a eficácia da norma de Direito Constitucional (art. 3º e incisos da CF/88) e evidencia o absurdo camusiano, ao enfatizar o divórcio entre a realidade do capitalismo, baseado no egoísmo e na propriedade privada, e as ações que o Estado promove através de ações afirmativas na redução das desigualdades e marginalização.

Afinal, para o cidadão que não consumir, mesmo sem a real necessidade, os produtos que a publicidade estimula, subjetiva-

mente, não haverá a Justiça Social promovida pelo Estado através de ações afirmativas que restauram um mínimo de igualdade, conforme as lições de Borges de Macedo (1995, p. 75):

Para o indivíduo, a justiça social consiste na observância das regras éticas gerais da atividade econômica, das da profissão e no respeito às leis tributárias. A observância, pelo indivíduo, da justiça social legitima suas aquisições e rendimentos. Pelo Estado, a justiça social significa a instauração de uma ordem econômica competitiva que permita o desenvolvimento de cada um e de todos, bem como ações afirmativas que restaurem, sempre que necessário, um mínimo de igualdade de oportunidades entre indivíduos, setores, regiões, etc. O exemplo mais pertinente dessa obrigação de justiça social pelo Estado é a erradicação total do analfabetismo, obrigatória na maioria absoluta dos países.

Neste passo, evidencia-se o absurdo do Direito, pois a busca em erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades (art. 3º CF/88) só existe em palavras e no pedaço de papel que nunca alcançará a realidade de levar a felicidade aos cidadãos, tornando-se mero símbolo do que poderia ser, conforme assenta Saramago (2004, p. 97):

[...] os direitos só o são integralmente nas palavras com que tenham sido enunciados e no pedaço de papel em que hajam sido consignados, quer ele seja uma constituição, uma lei ou um regulamento qualquer [...] a sua aplicação desmedida, inconsiderada, convulsional a sociedade mais solidamente estabelecida [...] o simples senso comum ordena que os tomemos como mero símbolo daquilo que poderia ser, se fosse, e nunca como sua efetiva e possível realidade.

Assim, a evolução do Direito e da ideia de Justiça a partir do conflito sobre o consumo de bens a serem consumidos mostra que o Estado não é capaz de promover uma maior redução das desigualdades (art. 3º e incisos da Lei Maior de 1988) via regramento da relação jurídica da repartição do produto do trabalho dentro do modo de produção capitalista, fundado no lucro individual, através da mais-valia.

Tal fato decorre da própria natureza egoísta do homem, que busca compensar seu sofrimento na pós-modernidade pelo consumismo, estimulado pela propaganda dos meios de comunicação (art. 5º, IV, IX e XIV CF/88, respectivamente), numa aliança entre o capitalismo, causador do sofrimento, como fundamento da ordem econômica (art. 170 e seguintes CF/88).

Logo, evidencia-se assim o absurdo do Direito em um pedaço de papel que nunca alcançará a realidade de levar a felicidade aos cidadãos, tornando-se símbolo do que poderia ser como realização de justiça.

Neste passo, enquanto o Direito, através do Direito Constitucional, valora o fato jurídico da produção e consumo dos bens, buscando uma forma de repartição através da necessidade e da Justiça, nos termos do art. 3º e incisos da CF/88, o mesmo Direito, através das garantias constitucionais, possibilita, dentro do modo de produção capitalista, a exploração e o sofrimento do trabalhador através da mais-valia, apontando como busca da felicidade o consumismo dos bens produzidos, limitando, assim, a eficácia deste objetivo da República Federativa de erradicação da pobreza e das desigualdades.

O ideal de Justiça Distributiva não será alcançado pelo cidadão que, frente ao sofrimento psíquico e compensação pela impotência econômica, consome sem necessidade, pois, no exercício de sua liberdade de escolha, não o faz por um dever nem por obrigação legal, mas sim por escolha ética de como viver, pela moral na escolha do certo e do errado, e também por uma limitação dos desejos e instintos, visando não se lembrar do trabalho a que foi submetido pela mais-valia, não sendo o Direito suficiente para impedir o comportamento em questão, e no pedaço de papel que nunca alcançará a realidade de levar a felicidade aos cidadãos.

Neste caso, o Direito funciona como um freio aos instintos e formas de satisfação do homem em sua busca de felicidade, ao estimular o consumismo dentro do modo de produção capitalista, que prega uma felicidade imediata e sem limites, gerando sofrimento e um conflito diante desta impossibilidade da vida real.

De um lado, há uma norma jurídica que busca a erradicação da pobreza e das desigualdades. De outro lado, a maneira de como viver de cada um e sua moral. O Direito surge quando a ética e a moral falharam e a pessoa, na busca de sua felicidade, age contra sua saúde, para minorar seu sofrimento.

Nessa situação, o Direito terá pouca eficácia frente à liberdade humana como garantia constitucional, pois quando o indivíduo escolhe o consumismo como fonte de felicidade, a norma jurídica não é suficiente para obrigar as pessoas a serem menos egoístas na repartição da riqueza produzida.

Conclusão

A partir da análise do Direito Constitucional à luz da interdisciplinaridade com a Filosofia, Economia e Psicanálise, ve-

rificou-se que as questões humanas transbordam os limites do Direito, pois apenas a norma não é capaz de impor obrigações. Mais do que isso, existe o meio econômico em que os cidadãos vivem, a moral, o psiquismo, o desejo interno de cada um atuando na satisfação dos seus desejos e instintos, e, enfim, na sua busca da felicidade e nas maneiras de enfrentar seu sofrimento.

Diante do fato jurídico da produção e consumo de bens e do objetivo fundamental da República Federativa de constituir uma sociedade livre e justa com redução de desigualdades (art. 3º e incisos da CF/88), constata-se, através de uma visão interdisciplinar da Economia, Filosofia e Psicanálise, que é limitada a eficácia da norma do Direito Constitucional através de ações afirmativas.

Na análise dos limites do Direito Constitucional na proteção dos menos favorecidos, constata-se, a partir da reflexão sobre a ideia de Justiça, originada do conflito humano sobre o consumo dos bens produzidos, que o Estado não é capaz de promover, pela própria natureza humana egoísta, uma distribuição menos desigual da riqueza produzida, causando um sofrimento psíquico que será compensado pelo consumismo, estimulado pela propaganda dos meios de comunicação, que envolve a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV CF/88, respectivamente) na pós-modernidade, evidenciando-se, assim, o absurdo do Direito, que se tornou divorciado da Justiça, como mera tecnologia social de resolução de conflitos.

Neste quadro, constata-se um descompasso e conflito entre os valores insculpidos na norma jurídica e as demais normas sociais que espelham a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano, comprometendo a eficácia da norma jurídica, o que propiciou a problematização do Direito e das normas em questão, própria da filosofia do Direito e objeto de reflexão deste trabalho.

Referências

- AMARAL JUNIOR, Alberto do. O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1999.
- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. de Alberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BARROS FILHO, Clóvis de. 1965. **A filosofia explica as grandes questões da humanidade** / Clóvis de Barros Filho & Júlio Pompeu. 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Casa do Saber, 2013.

- BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais** – Desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BELINI, Luiz Antônio. **A justiça na República de Platão** (427-347 a.C.). Sarandi: Humanitas Vivens, 2009.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014.
- BODÉUS, Richard. **Aristóteles** – A Justiça e a Cidade. São Paulo: Edições Loyola, 2003.
- BORGES DE MACEDO, Ubiratan. **Liberalismo e Justiça Social**. São Paulo: Ibrasa, 1995.
- BOTTON, Alain. **Consolações da Filosofia**. Rio de Janeiro: Ed. Rocco/Coleção L&PM Pocket, 2013.
- CAMUS, Albert. **O Mito de Sísifo**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- CASERTANO, Giovanni. **Uma introdução à República de Platão**. Porto Alegre: Paulus, 2014.
- EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Ed. especial. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**, ESB XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1978. [1930]
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- HOFFE, Otfried. **O que é Justiça?** Tradução Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.
- KANT, I. **Crítica da razão prática**. Tradução, introdução e notas de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003..
- MEIRELES, Manuel. **O lucro**. São Paulo: Arte e Ciência, 2000.
- NASIO, Juan-David. **O Livro da Filosofia**. Grandes Idéias. São Paulo: Globo, 2012.
- PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a lucidez**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- SANTOS, Renato E. Lobato. **O Debate Constitucional sobre as Ações Afirmativas**. Ações Afirmativas: políticas públicas contra

as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DP & A, 2003.

SILVA, Sidinei Pithan. **Pós-modernidade, capitalismo e educação**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2016.

SORDI, Rudyard. **Psiquiatria Forense**. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Campinas: Millennium, 2007.

SPONVILLE, André Comte. 1952. **Apresentação da Filosofia**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O reflexo do sistema de precedentes na teoria da decisão judicial à luz do Código de Processo Civil de 2015

Lilise Barroso Benevides de Magalhães

Advogada no Ceará

Pós-graduanda em Ciências Criminais

RESUMO

Estudar a história do direito é imprescindível para compreender o atual funcionamento do sistema jurídico e dos institutos que o compõem. Nesse sentido, o presente trabalho apresenta uma análise do Civil Law, com enfoque no ordenamento brasileiro, enfatizando as recentes mudanças trazidas com o Código de Processo Civil de 2015, e de que forma o Common Law conseguiu influenciar diretamente e positivamente essas mudanças. Demonstra-se que o Common Law foi sendo paulatinamente implantado em nosso sistema jurídico, seja pela utilização de institutos como súmulas vinculantes, julgamento de recursos repetitivos e posteriormente com o Código de Processo Civil de 2015. De maneira enfática, traduz que a adoção de um sistema de precedentes no direito brasileiro não decorre simplesmente de uma importação de um instituto estrangeiro, mas sim da necessidade de adaptação do sistema positivista às rápidas mudanças socioeconômicas e culturais que ocorrem no Brasil, pois no sistema anterior, de livre convencimento do juiz, havia sobre o mesmo fato julgamentos antagônicos, razão pela qual a sociedade buscava maior segurança jurídica, todavia sem retirar a liberdade de convencimento dos juízes, pois os precedentes utilizados como parâmetros para julgamentos também podem ser alterados, de acordo com a evolução da sociedade e do próprio sistema jurídico.

Palavras-chave: Civil Law. Common Law. Código de Processo Civil de 2015. Livre convencimento do juiz.

ABSTRACT

Study the history of law is essential to understand the current operation of the legal system and institutions that compose it. Along these lines, this paper aims to analyze the Civil Law, with a focus on Brazilian legal system, emphasizing the recent changes brought with the Civil Procedure Code of 2015, and how Common Law was able to influence these changes directly and positively. It is demonstrated that Common Law was gradually being implemented in our legal system,

because of it's application of institutes as binding constituents, trial of repetitive appeals and later with the New Code of Civil Procedure. Which characterizes the adoption of a system of pre-requisites in Brazilian law does not stem simply from the establishment of a foreign institute, but rather from the need to adapt the positivist system to the rapid socioeconomic and cultural changes that occur in Brazil, since no previous system, of a judge's convention, there is on the same fact judgments. Once the company has its accounting, the company aims to create a creative company, but can also be changed, according to the evolution of society and the legal system.

Keywords: Civil Law. Common Law. Civil Procedure Code of 2015. Judge's free convention.

Introdução

Neste trabalho é abordado de que forma o sistema brasileiro foi influenciado ao longo dos anos pelo sistema anglo-saxônico.

Historicamente, faz-se necessário destacar que a Constituição de 1988 é resultante do contexto neoconstitucionalista, reflexo do pós-positivismo. Este, que sucedeu o Positivismo Jurídico, adotou preceitos diversos do então legalismo exacerbado, dando margem à atividade de apreciação do juiz, de forma que a Constituição e seus princípios passaram a ser o centro do sistema, abrindo passagem para a flexibilização do direito positivado.

Dentre as influências em nosso ordenamento, cabe destacar o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), que trouxe inovações à teoria da decisão judicial no que tange aos precedentes judiciais e ao convencimento do juiz, e de que forma alteraram a dinâmica da elaboração da decisão judicial. E se por um lado sustenta-se que houve a subtração da prerrogativa de julgar do juiz, por outro lado defende-se que o sistema jurídico se tornou mais uniforme e estável.

O objetivo geral é analisar a repercussão do CPC/15 na Teoria da Decisão Judicial, especialmente no que tange ao papel do juiz em face do sistema de precedentes, recentemente recepcionado pela doutrina e perante a nova legislação processual.

O objetivo específico desta pesquisa é analisar o sistema de precedentes no CPC/2015 e sua influência na decisão, na discricionariedade judicial e na atividade criativa do juiz, verificando os reflexos dessa mudança no papel do julgador e na so-

cidade, em busca de um sistema jurídico estável, uniforme, dotado de segurança jurídica.

Analisam-se os precedentes no nosso sistema processual, sua evolução histórica, seus objetivos, o modo de aplicação e também de superação. Discute-se a influência dos presentes na teoria da decisão judicial, quanto à sua mudança metodológica, devendo a fundamentação ser devidamente estruturada, justificando, por exemplo, a aplicação de um precedente e a exclusão dos demais que poderiam ser também aplicados ao caso concreto.

No capítulo seguinte, estuda-se especificamente a teoria da decisão e a discricionariedade do julgador frente aos novos parâmetros de julgamento, bem como são discutidas algumas críticas ao sistema de precedentes. Define-se a relação do que seriam as decisões consideradas como precedentes, que se apresentam, ainda que não exaustivamente, de início, no artigo 927 do CPC/2015, tendo em vista que a característica essencial dos precedentes é conter a carga normativa sobre outras decisões, persistindo a atividade dos magistrados de interpretar os fatos e aplicar o direito, conforme os interesses da sociedade e buscando uniformizar o sistema jurídico.

Ainda, são discutidas as críticas ao sistema de precedentes e, por fim, aborda-se a questão do direito como integridade, em que se busca a equidade, a justiça e o devido processo legal, a fim de oferecer a melhor interpretação construtiva para a sociedade e a magnitude do trabalho do julgador, haja vista a dificuldade de se aplicar a lei ao caso concreto.

1 Os precedentes judiciais

A recente incorporação do precedente, utilizado no *Common Law*, ao sistema processual brasileiro, juntamente à lei escrita, norma positivada, pode explicar a incompreensão do instituto pela comunidade jurídica pátria, em que é ausente uma aplicação satisfatória do precedente judicial. De acordo com o entendimento de Bustamante (2012, p. 115) sobre o tema:

Muito embora o raciocínio jurídico, compreendido como o processo hermenêutico de construção de sentido para as normas jurídicas, e os modos de justificação da decisão sejam semelhantes em ambos os sistemas, a maneira como o legislador atua em cada um deles, ao codificar o Direito no *civil law* e ao ser mais reticente no *common law*, dando espaço à criação jurisprudencial, justifica o grau de familiaridade com o precedente.

Com efeito, o *Civil Law* é pautado pela codificação do direito, porém, com a crise da legalidade, que se acentuou no século XXI, as leis positivadas tornaram-se insuficientes, de forma a demandar uma remodelagem. Convém destacar o ensinamento de Ataíde Junior (2012, p. 44):

Além da remodelagem da lei, que passou a exigir a construção de sentido das normas, a efervescência do direito jurisprudencial no *Civil Law* se deu também por outras razões, entre as quais o constitucionalismo, o qual minou o dogma da lei ao conferir efeito vinculante às decisões emanadas no controle de constitucionalidade; o advento do Estado Social (*Welfare State*), a partir de quando surgiu um modelo de legislação baseado em normas programáticas (de textura extremamente abertas), cuja responsabilidade pela formação e adjudicação foi confiada ao Judiciário; o surgimento de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, de forma a permitir a adaptação do Direito às mudanças sociais e às particularidades do caso concreto, e cuja aplicação também demanda o poder criativo da magistratura; e o crescente número de causas repetitivas, que vêm eclodindo em virtude de transformações da sociedade, cada vez mais plural e complexa, e que exigem entendimento único para a mesma questão jurídica.

Em busca da estabilidade e previsibilidade das decisões, foi-se instituindo paulatinamente o sistema de precedentes, advindo do *Common Law*. Esse sistema jurídico, através da eficácia vinculante dada às teses jurídicas produzidas pelos Tribunais – chamadas de *stare decisis* –, garante, ao conceder eficácia vinculante às teses jurídicas de Tribunais (*stare decisis*), a casos análogos decisões semelhantes.

Para os positivistas, a segurança jurídica estaria necessariamente atrelada à observância pura e simples da lei.

Ocorre que a aplicação limpa e seca da lei, por caber vários tipos de interpretações, inclusive a partir de percepções morais do próprio julgador, resulta em julgamentos contraditórios em casos semelhantes (ou iguais), não assegurando aos jurisdicionados a segurança jurídica. Sobre a questão, vale transcrever Magalhães Neto e Benevides (2013, p. 59):

Obviamente não estamos defendendo a adoção pelo Brasil do sistema *Common Law*, até porque a nossa legislação é bastante codificada, abrangente e avançada. Entretanto, a utilização crescente de jurisprudência e súmulas vinculantes, a instituição dos recursos repetitivos e as propostas para a reforma do Có-

digo de Processo Civil mostram características do sistema inglês que estão fazendo mais e mais parte de nosso Direito, como também a mediação e conciliação como meio de solução de conflitos, que atende ao Princípio da Celeridade e nos traz fundamentos do Common Law. Destarte, estão se instituindo alternativas ao esquema rígido do nosso Direito, que se baseava em uma parte ingressar com a ação, a parte adversa contestar e o juiz julgar. As partes também estão atuando no processo de forma a pôr fim à demanda, ao lado do Judiciário, mesmo antes de ajuizada a ação, na fase pré-processual. Está se passando da fase de triangularização do direito, onde o juiz fica no vértice superior, para a fase de círculo do direito, onde as partes e o juiz ficam no mesmo patamar, buscando uma forma rápida de pôr fim ao processo. É um grande avanço em nossa sociedade e pode ser uma importante alternativa para acelerar a finalização das causas, como também a redução dos recursos.

É cediço compreender de forma pormenorizada os precedentes e suas características, a fim de analisá-los inseridos no ordenamento brasileiro, especificamente no Código de Processo Civil de 2015.

1.1 Entendendo o precedente

A composição da chamada dimensão objetiva¹, explicada por Rosito (2012, p. 103), está talhada em dois conceitos fundamentais para a compreensão do conceito de precedente: a *ratio decidendi* e o *obter dictum*.

A *ratio decidendi*² é o conceito mais importante dentro da teoria dos precedentes. Transcrevendo Didier Jr. (2012, p. 388):

É a motivação da decisão, os fundamentos do juiz, os argumentos por ele utilizados que são determinantes para a situação e que podem servir de paradigma para futuras decisões. São as razões de decidir do precedente que vão operar vinculação, extraíndo-se uma regra geral que se aplica a outras situações semelhantes.

¹ Rosito (2012) denomina dimensão objetiva do precedente a parte específica da decisão que adquire força de precedente, seja vinculativo, seja persuasivo.

² A expressão *Ratio Decidendi* é mais utilizada pelos ingleses e comumente expressa a razão de decidir. Na linguagem dos operadores americanos, é denominada *Holding*.

Ao analisar o precedente, deve o operador primeiramente identificá-lo e distingui-lo, pois é a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto. Considera-se na atualidade que razão de decidir engloba não só o dispositivo da sentença mas também os fundamentos principais para aquela decisão. Nas palavras de Nogueira (2014), "a *ratio decidendi* inclui os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*), o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*) e o juízo decisório (*judgement*)".

Em suma, a *ratio decidendi* é o fundamento importante e determinante que leva à decisão final. Em tradução literal, é a razão de decidir.

Outro conceito de enorme relevância é o *obiter dictum*. Este faz parte da decisão, porém não da *ratio decidendi*. Assim, não é necessário para a decisão. São juízos acessórios, secundários, utilizados pelo juiz para a construção da decisão judicial, mas prescindíveis para o deslinde da controvérsia.

Para Cruz e Tucci (2004, p. 175), o *obiter dictum* não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode servir como argumento de persuasão, portanto fundamental, podendo ser relevante o seu uso para fundamentação de situações similares.

Teoricamente, a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* é simples, mas, na prática, há a dificuldade da identificação. Assim, sugere Engisch (2008, p. 365) que a distinção se dê por exclusão, isto é, deve o sujeito delimitar a *ratio* e, ao não se encaixar na *ratio*, na razão decisória, tem-se o *obiter dictum*.

Espelhando essa tendência, o precedente, seja vinculante ou não, vem sendo utilizado há algum tempo como fundamentação das decisões judiciais brasileiras, e, com o advento da Lei n. 13.105/2015, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, o instituto adquiriu maior importância. Nos ensinamentos de Lima (2013, p. 82):

Em todos os países que adotam o *civil law*, há uma prevalência explícita do direito escrito e legislado em detrimento das demais fontes do direito. Doutrina, jurisprudência e costume gozam, nitidamente, de um *status* normativo inferior, sendo utilizados exclusivamente como fonte supletiva, no caso de a legislação não solucionar a conteúdo determinada questão.

O que se pretende com a adoção de um sistema de precedentes é oferecer soluções idênticas para casos idênticos e decisões semelhantes para demandas que possuam o mesmo funda-

mento jurídico, evitando, assim, a utilização excessiva de recursos e o aumento na quantidade de demandas, buscando-se uma Justiça mais célere.

É de se destacar, conforme Macedo (2017), que o direito brasileiro sempre esteve na vanguarda da aproximação entre os sistemas jurídicos. Na Constituição de 1891, por exemplo, incorporaram-se institutos do direito estadunidense, tais como a forma federativa de estado, a criação do Supremo Tribunal Federal, análogo à Corte Suprema, o *judicial review*. “As evidências históricas demonstram que o direito brasileiro encontra-se mais próximo do *common law* e de um sistema de precedentes obrigatórios do que aparentemente está” (MACEDO, 2017, p. 171), inclusive trazendo, como exemplo, o Decreto nº 23.055, de 09.08.1933.³

Apesar de bastante autoritário, era um caso de precedente obrigatório do Supremo Tribunal, sendo uma força de precedente até sem igual no direito norte-americano, pois naquele sistema não há previsão de recursos oficiais para forçar a aplicação de precedentes de sua Corte Suprema.

1.2 Evolução dos precedentes

Para se analisar a evolução dos precedentes, deve-se partir do conceito de positivismo jurídico. A ideia de positivismo jurídico parte da distinção entre direito positivo e direito natural.

Bobbio (1995, p. 16) leciona que o direito natural “prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas [o direito natural] existe independentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros”; já o direito positivo tem eficácia no âmbito em que foi posto e estabelece determinadas ações que, uma vez previstas em lei, devem ser desempenhadas tal como nela previsto (assim, a lei diz como agir) (BOBBIO, 1995, p. 17-27). Como Wendpap (2012) ensina:

³ “Art. 1º. As justiças dos Estados, do Distrito Federal e do Território do Acre devem interpretar as leis da União de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

§ 1º - Sempre que os julgamentos das mesmas justiças se fundarem em disposição do princípio constitucional, ou decidirem contrariamente a leis federais, ou a decretos ou atos do Governo da União, o presidente do Tribunal ou o da Câmara respectiva, a quem couber, recorrerá ‘ex officio’ para o Supremo Tribunal Federal, com efeito suspensivo, dentro do prazo de três dias contados da publicação do respectivo acórdão.”

Aos romanos, a distinção entre direito natural e direito positivo equivalia a *jus gentium*⁴ [direito das gentes] e a *jus civile* [direito civil]. O primeiro, imutável, não tem limites e é posto pela *naturalis ratio* [razão natural]; o segundo, limita-se a um certo povo e por ele é posto. No período medieval, considerava-se como direito positivo aquele posto pelos homens e o direito natural como advindo de outrem (natureza ou Deus). [...] Para os jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII, o direito natural advém na natureza racional do homem, enquanto o direito civil vem do poder civil, que compete ao Estado. Tem-se, portanto, que o direito positivo é aquele posto pelo Estado, de modo que o critério diferenciador entre direito natural e direito positivado está na sua origem.

Antes do Estado Moderno, o direito aplicável poderia ser objeto de escolha, dentre vários, pelos juizes, depois a codificação trouxe à sociedade a vontade soberana do Estado, através das normas positivadas, podendo-se inclusive considerar os precedentes como uma evolução da codificação, conforme Bobbio (1995, p. 119):

[...] O direito positivo é posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como "lei". Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação.

Ainda, de acordo com os ensinamentos de Bobbio (1995, p. 28; 32; 119):

O juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural). Depois, o juiz passa a integrar o Estado, de tal forma que só pode aplicar as normas dele emanadas. Isso faz com que o Estado seja o único criador do direito, já que edita normas e as aplica. [...] O monopólio da produção jurídica é parte do Estado absoluto e culminou nas codificações (séculos XVII/XIX). [...] O sistema de precedentes é ainda mais cristalizado que as codificações; a ausência de maleabilidade do código traz maior segurança jurídica; e, por fim, os códigos eliminam equívocos e ambiguidades.

⁴ Normas de direito romano que eram aplicáveis aos estrangeiros, de modo a facilitar as relações comerciais.

Logo, não se nega a juridicidade do direito posto pelos juízes. Porém, eles estão submetidos a controles, como as normas emanadas do Legislativo, os precedentes e os órgãos judiciários superiores.

Kelsen (1987, p. 240), em sua Teoria Pura do Direito, descreve a ordem jurídica como um sistema de normas jurídicas escalonadas em diferentes níveis:

A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. Como mostra a pirâmide, a norma hipotética fundamental é a mais superior dentre o ordenamento jurídico, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira.

Vê-se que Kelsen chega a uma norma hipotética fundamental. Porém, mesmo com o ordenamento escalonado, poderia haver conflitos entre normas superiores e inferiores. Quando os conflitos envolverem decisões judiciais, somente poderão ser anuladas pelo próprio tribunal que as proferiu ou por tribunal superior, e, quando forem contrárias à Constituição, serão inconstitucionais (KELSEN, 1987, p. 287).

Porém, conforme Vasconcelos (2003, p. 148), Kelsen não se preocupava com o modo de vivificar o direito:

Kelsen, como autor do projeto positivista de uma teoria pura do Direito, não está, decisivamente, interessado nessa problemática metafísico-humanista. Não se encontra, na sua obra jurídica, nenhuma preocupação com os problemas fundamentais daquilo que se pode admitir como antropologia filosófica.

A questão da interpretação a que aduz Kelsen, mesmo dentro da moldura normativa, está também presente na tradição da *Common Law*, sendo usada para conceituar os *hard cases* [casos difíceis], aqueles em que os resultados são indeterminados ou subdeterminados pelo direito e o juiz vai escolhendo entre as variáveis legalmente aceitáveis para sua decisão.

Vale destacar que enquanto no Brasil o Pós-Positivismo está implantado há algum tempo, no direito norte-americano ainda estão vigentes as ideias originalistas, com debate entre os

interpretativistas e os não interpretativistas⁵, inclusive com muitos adeptos do Positivismo também nas Cortes de Justiça.

Bonavides (2001, p. 237) vislumbra o Jusnaturalismo, o Positivismo e o Pós-Positivismo como três fases por que passa a juridicidade dos princípios:

Na fase jusnaturalista, os princípios ocupam uma esfera abstrata e sua normatividade é duvidosa; no positivismo, os princípios já se encontram no Direito escrito, mas apenas como normas de integração ou suplementação do sistema normativo.

No pós-positivismo, as novas constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

No pós-positivismo, busca-se uma teoria da justiça, agora no sistema brasileiro com a utilização de parâmetros do *Common Law* na decisão judicial, entre os quais os precedentes, com mais ênfase após a emenda constitucional nº 45/2004.

As tradições do *Civil Law* e do *Common Law* tornam-se paulatinamente mais próximas. A eficácia dos direitos fundamentais e a concretização dos princípios que possibilitam maior criatividade aos juízes, o denominado neoconstitucionalismo, o crescimento da importância da doutrina nos países de *Common Law*, especialmente nos Estados Unidos.

Chega-se a afirmar que o direito estadunidense não é apropriadamente um sistema de *Common Law*, mas uma combinação dos dois sistemas (MACEDO, 2017, p. 61).

De outro lado, os sistemas de *Civil Law* vêm outorgando maior importância aos precedentes judiciais, que são uma forma bastante antiga de manifestação, mesmo antes de sua renovação pelo direito romano, como forma de externar os costumes locais, mesmo antes da codificação.

Além disso, a atual utilização dos princípios dá uma nova face à atividade jurisprudencial, sobremaneira criativa, razão pela qual se vive um momento de descodificação no *Civil Law*, esses passando a ser usados não mais como o início e fim de determinada área do Direito, mas como um centro da matéria que é objeto de complemento, ao lado das normas jurisprudenciais.

⁵ Os interpretativistas defendem que os juízes devem se ater ao texto da Constituição, com a geração que escreveu a norma podendo controlar as opções das gerações futuras; enquanto para os não interpretativistas os juízes podem e devem ir além do texto para fazer cumprir valores éticos ou princípios que estão encerrados no texto da Constituição.

1.3 Precedentes no Código de Processo Civil de 2015

No direito brasileiro, diversos dispositivos vinham corroborando a construção do sistema de precedentes. O sistema brasileiro, tradicionalmente visto como *Civil Law*, na verdade, nada mais é que mestiço, como defende Marinoni (2010, p. 19), tendo como exemplo a Constituição de 1891, que recepcionou a forma de Estado Federado e o *judicial review* (controle de constitucionalidade difuso), derivados dos Estados Unidos.

Em verdade, pode-se dizer que o CPC/2015 organiza as regras já existentes em nosso sistema, como já mencionado na introdução deste texto, associando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia como pressupostos valorativos da obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais. A ideia é a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, de modo a dar ao jurisdicionado maior previsibilidade das demandas judiciais e reduzir o nível de insegurança existente pela possibilidade de decisões díspares em casos judiciais em que a semelhança dos fatos materiais indique a aplicação da mesma solução judicial.

De fato, a Lei nº 8.038/90 concedeu ao relator, no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça, decidir monocraticamente o pedido ou o recurso que tiver perdido o objeto, bem como negar seguimento a pedido ou recurso manifestamente intempestivo, incabível ou improcedente, ou, ainda, que contrariar, nas questões predominantemente de direito, súmula do respectivo Tribunal (art. 38).

A Emenda Constitucional nº 03/1993, que acrescentou o §2º ao art. 102 da Constituição Federal e atribuiu efeito vinculante à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em Ação Declaratória de Constitucionalidade, pode ser considerada marco normativo da aplicação dos precedentes judiciais no Brasil.

No revogado Código de Processo Civil de 1973, diversos dispositivos aprovados ao longo dos anos demonstraram que a teoria dos precedentes também ganhou corpo no âmbito processual. Por exemplo, quando havia entendimento contrário à tese alegada na inicial, o juiz ficava dispensado inclusive de citar a parte contrária para contestação, poderia julgar de pleno improcedentes os pedidos autorais.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu em nosso ordenamento as chamadas súmulas vinculantes e introduziu a repercussão geral nas questões submetidas a recurso extraordinário (art. 102, §3º da Constituição Federal).

Exsurgiu no Novo Código de Processo Civil importância vultosa aos precedentes. Com efeito, a Exposição de Motivos do Anteprojeto do Novo Código, após informar o problema da existência de posicionamentos diferentes e incompatíveis nos Tribunais a respeito da mesma norma jurídica, deixa claro que foi prestigiada a criação de “[...] estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir os tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize” (BRASIL, 2015), salientando a função paradigmática que os Tribunais Superiores devem desempenhar.

Macedo dispõe que precedentes “são resoluções em que a mesma questão jurídica, sobre a qual há que decidir novamente, já foi resolvida uma vez por um tribunal noutro caso”. E ressalta que o precedente judicial abarca toda a decisão – relatório, fundamentos e dispositivo – e que, “muito embora toda decisão judicial gere um precedente, nem todo precedente será seguido como obrigatório” (MACEDO, 2017, p. 70-71).

Todavia, com o CPC/15, não se pode mais aceitar classificar os precedentes em persuasivos e vinculantes. Os primeiros seriam “aqueles que não precisam ser seguidos pelo julgador seguinte. Nesse caso, não há obrigação de decidir da forma como fora decidido anteriormente, ou seja, o julgamento pode dissentir de uma decisão anterior sem constituir erro”. De outro lado, os precedentes vinculantes correspondem aqueles em que se gera “o dever de observância da norma neles contida para os julgadores subsequentes” (MACEDO, 2017, p. 79). E prossegue:

A obrigação de seguir o precedente é, destarte, espécie da obrigação de julgar conforme o Direito, e, nesse ponto, em nada difere da obrigação de aplicar a lei. Assim sendo, julgar conforme o Direito, em um sistema de precedentes obrigatórios, é considerar como normas jurídicas as *ratione decidendi* [razões de decidir] dos precedentes judiciais vinculantes que se relacionam com o caso em questão (MACEDO, 2017, p. 79).

Já referente à hierarquia entre o órgão prolator da decisão e o órgão subsequente que vai analisar sua aplicação no caso concreto, podem-se classificar os precedentes obrigatórios em verticais e horizontais.

Destaque-se que os precedentes dos tribunais ou juízes inferiores hierarquicamente são considerados como persuasivos para o tribunal superior.

Precedentes verticalmente vinculantes são aqueles que “presupõem a superioridade hierárquica do tribunal prolator para que haja a obrigação de serem obedecidos” (MARINONI, 2015, p. 118).

Ainda, como exemplifica Macedo, um juiz de direito de Recife estaria obrigado a aplicar os precedentes do Tribunal de Justiça de Pernambuco, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

A verticalidade da eficácia obrigatória é justificada pela competência dada a determinados tribunais para enunciar a última palavra sobre determinada matéria de direito, não sendo razoável que órgão hierarquicamente inferior possa tratar das questões jurídicas a despeito do que enunciaram os tribunais que revisam suas decisões, sujeitando o jurisdicionado a uma prestação contraditória e ao penoso e custoso trâmite recursal. (MACEDO, 2017, p. 81).

Precedentes horizontalmente vinculantes são os que possuem autoridade sobre o próprio órgão prolator ou juízes a ele vinculados. Vale ressaltar, por exemplo, que um precedente do Tribunal de Justiça de Pernambuco pode ser obrigatório para um juiz de direito de Recife, mas pode ser meramente persuasivo para um juiz de Direito de Fortaleza/CE.

É de se considerar a existência de uma margem de incerteza como característica essencial do Direito. A previsão do resultado de uma decisão estará sempre sujeita a incertezas típicas do processo, haja vista o julgado se relacionar diretamente a fatos na aplicação da norma jurídica. Por isso se afigura necessária a mutabilidade do precedente, e até mesmo uma margem de liberdade, fazendo-se uso do *overruling* (superação) e do *distinguishing* (diferenciação), respectivamente, para não aplicá-lo em certos casos concretos incompatíveis.

Além disso, no CPC/15 tem-se um novo modelo de processo, buscando-se a realização da justiça e a pacificação social, com cooperação entre as partes, em busca de uma solução rápida e justa. O juiz passa a ter seu papel redimensionado, paritário na condução do processo e assimétrico quando da decisão da causa, uma comunidade de trabalho entre as partes e o tribunal, daí o incentivo também à conciliação disposta no CPC/15.

1.4 Objetivo do sistema de precedentes

Com o sistema de precedentes, busca-se a segurança jurídica, a estabilidade, a previsibilidade e a coerência. O *stare decisis*⁶

⁶ Decorrente do latim “*stare decisis et non quieta movere*” (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido), utilizado no direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedente (jurisprudência) e vinculam futuras decisões.

é a principal forma de garantir estabilidade, por lidar com o direito na sua concretização.

Na tradição do *Common Law*, a vinculação aos precedentes tem como uma de suas principais características a objetividade (que reforça o conceito de imparcialidade), a economia processual e a eficiência jurisdicional, com tendência a atingir a duração razoável do processo. Casos semelhantes têm decisões semelhantes, porém diversos são os meios de que o juiz poderá se utilizar para definir uma solução justa ao caso concreto, deixando o *stare decisis* margem de liberdade para o juiz decidir diferentemente nas situações em que os fatos não se adequem àquele precedente, ainda que vinculante.

Por outro lado, o sistema de precedentes ressalta o controle do Judiciário, um controle racional da atividade criativa dos juízes, por meio, dentre outros, da existência de tribunais superiores para afirmar em decisão final o direito, com coerência e racionalidade da atuação judiciária, sendo evidente erro as decisões dissonantes ao entendimento consolidado.

A doutrina dos precedentes é tida como um corolário do Estado de Direito nos países de *Common Law*, contribuindo para a própria integridade do sistema constitucional. É de se ressaltar que é da Teoria do *Stare Decisis* que vêm os precedentes. Seguindo os ensinamentos de Lima (2008, p. 45):

A Teoria do *Stare Decisis* é aquela adotada pelos países da *Common Law* e considera os precedentes judiciais como de observância obrigatória (*blinding precedents*). Assim, é a prática de aplicar precedentes para o desenvolvimento do raciocínio jurídico na decisão ou como forma de alegação, de modo a manter a igualdade entre casos anteriores e presentes que sejam similares, que é a base do *Stare Decisis*.

Black (1990, p. 1117), juridicamente, define o precedente judicial como um caso sentenciado ou decisão de uma corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso idêntico ou similar posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito.

Os precedentes são as decisões de uma corte que servem de subsídio para processos posteriores similares. O próprio nome já diz: é algo que precede o anteriormente ocorrido.

Pode-se dizer que o novo CPC/15 organizou as regras já existentes em nosso sistema, associando os princípios da legalidade, da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da proteção da confiança e da isonomia como pressupostos valorativos da obrigatoriedade do sistema de precedentes judiciais.

A ideia é a uniformização da jurisprudência dos tribunais superiores, de modo a dar ao jurisdicionado maior previsibilidade das demandas judiciais e reduzir o nível de insegurança existente pela possibilidade de decisões díspares em casos judiciais em que a semelhança dos fatos materiais indique a aplicação da mesma solução judicial.

De acordo com Rosito (2012, p. 92), “são decisões de uma corte que são consideradas para um caso subsequente e podem, portanto, projetar efeitos jurídicos ao futuro condicionando os indivíduos, o que demonstra a sua força normativa”.

Destarte, é preciso que a decisão seja excepcional – ou que alcance além dos limites do que é normal – para que se torne um paradigma digno de orientação, pois, obviamente, nem toda decisão constitui um precedente. Há diversas decisões que ocorrem no dia a dia de um órgão jurídico que não possuem qualquer relevância às situações futuras, não havendo por que serem consideradas paradigmas. Não se deve confundir precedente com jurisprudência. Nas palavras de Nogueira (2014):

Entre as distinções indispensáveis, é preciso que fique claro que o precedente judicial não se confunde com a jurisprudência, há entre eles uma diferença quantitativa: para que se forme jurisprudência é indispensável um conjunto de decisões reiteradas, enquanto que para que haja precedente é suficiente apenas uma decisão.

Rosito (2012, p. 100) menciona, ainda, uma diferença qualitativa entre precedente e jurisprudência, já que, “enquanto os precedentes oferecem substrato para sua aplicação a casos futuros, a jurisprudência apenas aponta sentidos”.

Por conseguinte, quando a jurisprudência passa a ser dominante em um determinado tribunal, essa corte pode, de acordo com as regras regimentais, editar uma súmula. A súmula é, portanto, nas palavras de Diniz (1995, p. 270), um “enunciado que resume uma tendência de julgamento sobre determinada matéria, decidida contínua e reiteradamente pelo Tribunal”.

1.5 Técnicas de aplicação e superação dos precedentes

A atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas.

Por tais razões é que a doutrina – amparada nas teorias norte-americanas – propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. É a técnica do *overruling*, que difere do *distinguishing*, na medida em que este se caracteriza pelo confronto do caso à *ratio decidendi* do paradigma, visando aplicar ou afastar o precedente, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

Acompanhada de uma elevada carga de argumentação jurídica, a revisão do precedente pode ocorrer, segundo Wambier (2009, p. 135-136): “quando se detecta a necessidade de mudança, ou porque (a) se considera agora a norma errada; ou porque (b) se considera agora a norma errada, embora ela não estivesse errada quando foi criada”.

Por meio dessa técnica (*overruling*) – que significa anulação, revogação –, o precedente é revogado ou superado em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação.

Um precedente deixa de corresponder aos modelos de congruência social no momento em que se distancia das vigentes proposições morais, políticas e de experiência. Deixa de ter consistência sistêmica quando não guarda coerência com outras decisões. E, por fim, é considerado errado somente na hipótese de um equívoco evidente, “de modo a dar à Corte a nítida ideia de que a perpetuação do precedente constituirá uma ‘injustiça’” (MARINONI, 2010, p. 392).

O *overruling*, além de afastar a aplicação do precedente ao caso concreto, objetiva infirmar a validade da regra paradigma. Logo, “as razões que o justificam devem ser ainda mais fortes que as que seriam suficientes para o *distinguished*” (BUSTAMANTE, 2012, p. 388).

Além de revogar o precedente, o órgão julgador terá que construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam, destacando-se que somente o órgão legitimado pode proceder à revogação do precedente e à formação de um novo, como, por exemplo, o STJ e o STF.

O *overruling* pode ter efeitos pretéritos (*retrospective effects*) ou efeitos para o futuro (*prospective effects*). Quando se atribuem efeitos pretéritos (*ex tunc*), o jurisdicionado é julgado com base em regra nova, inexistente quando agiu ou se omitiu de maneira indevida, sendo surpreendido com novo padrão de conduta (CAMARGO, 2012, p. 569).

Como explica Wambier (2009, p. 135), “a parte sucumbente vai ser ‘punida’ não porque deixou de cumprir um dever que ti-

nha, mas porque deixou de cumprir um dever criado depois de ocorrida a sua conduta”.

Por outro lado, quando se aplica o *overruling* com efeitos prospectivos, o novo entendimento vigorará da data da decisão para frente (*ex nunc*), ou de outro marco temporal futuro (*pro futuro*), estabelecido pelo tribunal (CAMARGO, 2012, p. 570).

No Brasil, conforme entendimento de Donizetti (2015), se há revogação de um precedente e a construção de uma nova tese jurídica, esta passará a reger as relações constituídas anteriormente à decisão revogadora – é o que se denomina retroatividade plena –, sem levar em conta a jurisprudência “vigorante” à época do aperfizeamento do ato jurídico. Como explica Macedo (2017, p. 263):

O método de aplicação dos precedentes é marcado pelas distinções (*distinguishing*) [...], o jurista deve operar através do raciocínio analógico entre os fatos do precedente e os do caso presente, identificando quais as diferenças e similitudes, demonstrando que são substanciais, ou seja, que são juridicamente relevantes. Essa característica da operação com precedentes faz o processo de sua aplicação essencial e especialmente fundado em analogias, que moldam e remoldam as normas a partir de cada decisão.

Partindo dessas premissas, os precedentes buscam dar estabilidade, previsibilidade e racionalidade ao sistema jurídico, mas também não impedem as mudanças necessárias ou convenientes à sociedade, retirando-se uma *ratio decidendi* do ordenamento jurídico e substituindo-a por outra, através de uma carga argumentativa, destacando-se que a superação é uma prerrogativa dos tribunais superiores.

No Brasil, por exemplo, os precedentes dos tribunais superiores e do Supremo Tribunal Federal são obrigatórios, sendo que este pode reverter as decisões e superar os precedentes daqueles em face de sua competência recursal, como também nos casos em que possui mais de uma *ratio decidendi* pode ser superada somente uma delas, as outras ficando preservadas.

Os motivos para a superação podem ser a crítica acadêmica ou doutrinária, a fragilidade da norma perante o próprio Judiciário, o desuso, o conflito entre precedentes, a mudança de situação que serviu de base para sua fundamentação, o crescimento da utilização de distinções, a mudança de contexto e o reconhecimento de erro na decisão anterior. Além disso, é de se ressaltar que modificações em algumas áreas do direito necessitam de maior carga argumentativa, tornando-se assim mais difíceis, como no direito tributário e direito penal.

1.6 Precedentes e a teoria da decisão judicial

A análise da fundamentação das decisões judiciais na vigência do Código de Processo Civil de 1973 tinha como base o dever de fundamentar e a estrutura trifásica da sentença e dos acórdãos. Não havia uma normatização que vinculasse diretamente o julgador ao dever de fundamentar adequadamente suas decisões.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 93, IX, previu expressamente o dever de fundamentação das decisões judiciais. Com efeito, decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos sem fundamentação adequada são considerados nulos por violarem o texto constitucional ensejando, inclusive, interposição de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

É de se destacar a chamada constitucionalização do ordenamento jurídico, destacando-se a garantia jurisdicional da constituição, a interpretação extensiva da constituição e a interpretação das leis em conformidade com a constituição.

Além disso, a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais torna-se incompatível com um sistema legalista. O julgador deixa de ser considerado um aplicador da lei e passa a decidir num mais amplo aspecto de análise da lei, da constituição, de decisões dos tribunais superiores, é o chamado neoconstitucionalismo, que traz uma nova postura interpretativa.

O CPC/15 promove uma mudança metodológica nas decisões judiciais, passando-se a admitir como válida a decisão judicial cuja fundamentação for devidamente estruturada, justificando pormenorizadamente, por exemplo, a opção por aplicar um determinado precedente judicial e a exclusão dos demais que, em tese, também poderiam ser aplicados ao caso concreto.

Os precedentes não devem ser aplicados de qualquer maneira pelos magistrados. Há, com a vigência do novo Código de Processo Civil, novos instrumentos utilizados previamente à aplicação dos precedentes, para que seja realizada uma comparação entre o caso concreto e a *ratio decidendi* da decisão paradigmática. Segundo Cruz e Tucci (2004, p. 174), essa comparação recebe o nome de *distinguishing*, que é o método de confronto “pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma”.

Portanto, de acordo com o art. 489, §1º, V⁷, exige-se a aplicação do sistema de precedentes não só determinando a moti-

⁷ “Art. 489. [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

vação da distinção (*distinguish*) como também evidenciando de forma inequívoca a *ratio decidendi* do precedente que melhor se ajusta ao caso sob julgamento.

O novo código também ampliou as hipóteses de improcedência liminar do pedido e passou a prever a sentença parcial (art. 356) nos casos de pedidos incontroversos (inciso I) e quando um ou alguns dos pedidos estiverem em condições de imediato julgamento (inciso II). Trata-se de instituto novo no direito processual civil brasileiro, com os respectivos efeitos da coisa julgada material.

Destarte, mudanças foram instauradas ao ordenamento processual, no que tange à estipulação de limites ao poder do juízo. De fato, foi estabelecido um sistema de precedentes que deverá ser observado pelo juiz no momento de sua tomada de decisão, deixando a legislação positivada de ser o único paradigma obrigatório que vincula a decisão do julgador.

Entretanto, apesar do desenvolvimento dos métodos hermenêuticos, em busca da verdade e da justiça, Kelsen (1987, p. 393) reconhece que “todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto” e que a interpretação correta não é um problema da teoria do Direito, mas da política do Direito.

Além disso, a própria moldura normativa a que aduz Kelsen ressalta a discricionariedade judicial, o que legitimaria a atividade criativa dos juízes. De outro lado, se tem a questão do empoderamento dos juízes, que deve ser evitado, a fim de “garantir a separação de poderes e assegurar que as decisões políticas sejam discutidas e adotadas por quem tem legitimidade democrática e competência para tanto: a esfera política” (JORGE NETO, 2017, p. 515).

Quando fundamentam as decisões, os juízes querem convencer as partes e as instâncias superiores de que aquela é a melhor decisão para o caso concreto. E as razões jurídicas produzidas pelas partes em casos semelhantes servirão “dentro da perspectiva do diálogo ou discurso externo e do uso de precedentes, para limitar a discricionariedade do julgador e estabelecer um padrão de racionalidade, universalidade e coerência às decisões” (JORGE NETO, 2017, p. 166). Ainda, aduz Jorge Neto (2017, p. 168) que:

As razões manifestadas por um juiz ou tribunal irão limitar a discricionariedade judicial em matérias semelhantes, na medida em que estabelecem uma carga argumentativa para as decisões futuras para o mesmo órgão ou para o órgão inferior de jurisdição.

O novo processo civil instituiu um sistema de precedentes dispondo que o juiz deverá analisá-los quando proferir sua decisão. Vale destacar que não se trata de excluir a análise interpretativa, racional e argumentativa dos juízes, mas de uma metodologia voltada para racionalizar a administração da justiça.

É uma nova metodologia de julgamento em que o julgador continua com sua discricionariedade judicial, mas dentro de uma racionalidade sistêmica, entre precedente, *distinguish*, *overruling*, *ratio decidendi*, *obiter dicta* para a decisão judicial, que serão analisados no tópico posterior.

Robert Alexy, alemão (tradição *Civil Law*), chama essa escolha entre normas jurídicas, regras metodológicas e enunciados jurídicos de juízo de valor ou valoração, na medida em que importa em opção entre ações ou comportamentos, até porque o sistema jurídico pode ser entendido como uma simplificação da complexidade do sistema social. Para Alexy (2011, p. 267), as regras para uso dos precedentes são as seguintes: “Quando se puder citar um precedente a favor ou contra uma decisão deve fazê-lo; quem quiser se afastar de um precedente, assume a carga de argumentação”.

Os precedentes judiciais também vinculam as decisões judiciais atualmente, já que o CPC prevê que não se reputa fundamentada a decisão judicial que deixar de seguir precedente ou jurisprudência invocada pela parte, sem que mostre a existência de distinção no caso em julgamento ou mesmo a superação do entendimento (redação do artigo 489 do CPC/15).⁸

Referido artigo foi introduzido na lei com o objetivo de que as decisões judiciais sejam tomadas com coerência ou integridade, ou seja, que não haja multiplicidade de decisões sobre o mesmo tema e envolvendo as mesmas circunstâncias. Aliás, não só o artigo 489 CPC demonstra esse objetivo, mas todo o sistema processual novo, com vistas a conferir maior segurança jurídica e estabilidade à sociedade, como se observa a partir da leitura dos artigos 926 e 927 do CPC.

Jorge Neto salienta que não se pode afirmar que uma argumentação jurídica perca em racionalidade se deixar de ser citado um precedente a favor ou contra a decisão. O uso do precedente é um argumento forte a favor ou contra uma conclusão, mas, quando o julgador afastar o precedente, deve demonstrar

⁸ “Art. 489. [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]”

VI - Deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

as razões de não aplicá-lo ao caso concreto, é a questão da argumentação (JORGE NETO, 2017, p. 241).

Da mesma forma, os precedentes devem vincular não somente as decisões, mas as razões de decidir, sob pena de aplicação indevida de tais preceitos aos casos concretos:

No Brasil, como os fundamentos da decisão judicial não fazem coisa julgada (art. 509, CPC), há uma dissociação entre a força obrigatória e vinculante do dispositivo e a adoção dos mesmos fundamentos como razão de decidir. [...] Nesses casos parece correto concluir que os argumentos não apreciados, desde que não sejam infirmados pela razão de decidir do precedente, podem ser utilizados em contrariedade ao precedente. Neste caso temos um *distinguish* não em razão da apresentação do pedido, ou dos fatos, mas em razão dos próprios argumentos apresentados pelo precedente (JORGE NETO, 2017, p. 301).

Observa-se, então, que os precedentes judiciais deverão levar coerência e integridade às decisões judiciais, principalmente quando a parte invoca um precedente amoldável de forma silogística ao caso concreto que, se observado pelo julgador, em respeito à lei processual vigente, culminaria no acolhimento da tese lançada no julgado, como observa a doutrina pátria. Assim, de acordo com os ensinamentos de Marinoni (2015, p. 494):

Existindo precedente constitucional ou precedente federal sobre o caso debatido em juízo, a fidelidade ao direito constitui fidelidade ao precedente. Daí que a ausência de efetivo enfrentamento – mediante a demonstração da distinção – pelo juízo de precedente invocado pela parte constitui omissão relevante na redação da fundamentação. Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. Se disser efetivamente respeito à controvérsia examinada em juízo, deve ser adotado como razão de decidir. Se não, a distinção entre o caso precedente e o caso concreto deve ser declinada na fundamentação. A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação.

Portanto, é cediço destacar que, “com o novo CPC, os juízes, em especial, não são mais meros aplicadores da lei, mas, sobretudo, criadores do direito, embora não estejam completamente livres de vínculos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 24).

Os precedentes contribuem para realizar essa atividade criativa, vinculada a um parâmetro mínimo declarado pelo próprio

Judiciário, o que, espera-se, permitir uma maior eficiência e produção de resultados.

Assim, na abordagem do tema, Nogueira enfatiza que o precedente judicial deve, pois, seguir esse caminho e ser uma técnica processual a serviço da efetividade e concretização da justiça, através da uniformidade na aplicação do direito. Deve garantir a legítima expectativa de se ter decisão semelhante à do caso já julgado e consensualmente formado porque resultado da participação cooperativa dos interessados (NOGUEIRA, 2014).

Da mesma forma, permite-se a revogação de precedentes que já não correspondam mais à realidade econômica, política, social ou jurídica, por técnicas de superação a serem abordadas em capítulo posterior.

É de se destacar que no direito brasileiro podem se formar tantas normas do precedente quanto são os capítulos da decisão, ou seja, várias decisões em uma única sentença, cada parte reconhecida como formadora de norma pelo juiz subsequente. Da mesma forma, pode ocorrer precedente sem nenhuma *ratio decidendi*, como em havendo fundamentação deficiente ou inexistência de fundamento vencedor, destacando que a *ratio decidendi* deve ser compreendida de acordo com a construção dos fatos e a fundamentação está ligada à intensidade da autoridade do precedente. Portanto, o foco para a operação dos precedentes deve sair dos fatos que foram decisivos para que a decisão anterior fosse efetivamente prolatada e “analisar as similaridades com o caso subsequente”, sendo as distinções “um processo argumentativo conforme o qual se busca demonstrar o acerto de aplicar ou não o precedente a um novo caso” (MACEDO, 2017, p. 250 e 264).

2 A teoria da decisão frente ao sistema de precedentes no Código de Processo Civil de 2015

O ponto de partida da proposta aqui apresentada é esclarecer a obrigatoriedade da fundamentação das decisões, instituída pelas Constituições contemporâneas, que funciona como uma garantia de afastamento do arbítrio e da discricionariedade do juiz. Além disso, é uma exigência que se concretiza por meio da aplicação das fontes do Direito, entre as quais se insere o Precedente Judicial, fonte do Direito consubstanciada em um padrão decisório a ser repetido.

2.1 Teoria da decisão e oposições ao sistema de precedentes

Os opositores à teoria dos precedentes judiciais alegam, entre outros fatores, a inflexibilidade, complexidade, ofensa ao convencimento motivado e à independência do juiz, impedimento de acesso à justiça, redução da qualidade das decisões judiciais, inexistência de uma cultura de respeito aos precedentes e a tripartição dos poderes.

Como já demonstrado, o sistema de precedentes é dotado de especial mobilidade, considerando-se mais fácil alterar uma norma pelo processo jurisdicional do que pelo processo legislativo, como já ocorre no sistema brasileiro, em que, por omissão do Poder Legislativo, o Poder Judiciário termina por regular determinada matéria.

O nosso sistema já é complexo, com um infindável número de leis em nível federal, estadual e municipal, algumas até que se contradizem, mas o sistema de precedentes busca essencialmente tornar o sistema jurídico mais racional e coerente.

A cultura de respeito aos precedentes será útil, conforme a doutrina, para reordenar o sistema jurídico brasileiro, porque em muitas vezes os próprios tribunais tomam decisões sem fazer referência nem mesmo a seus precedentes ou decisões anteriores pertinentes sobre o tema, buscando-se a segurança jurídica.

O sistema de precedentes e os princípios que justificam a adoção do *stare decisis* no direito do *Common Law* e no direito brasileiro são compatíveis com o nosso direito constitucional. “Estabelecer que o Judiciário deve ordinariamente seguir seus precedentes, somente podendo suprimi-los ou afastá-los se presentes circunstâncias determinadas, muito embora seja pragmaticamente uma mudança significativa, não viola os alicerces do direito brasileiro” (MACEDO, 2017, p. 187).

Quanto à afirmação de que o sistema de precedentes viola a tripartição dos poderes, que a criação de normas seria tarefa do Legislador, os juízes já interpretam a norma, já ocorre atividade judiciária criativa. Essa separação de poderes clássica não faz mais sentido na realidade atual. Além disso o *stare decisis* já impõe limites à criatividade do juiz, mas buscando benefícios para a sociedade, como já exposto noutro tópico, pela efetividade, celeridade, coerência e segurança jurídica, entre outros.

Sobre a redução da qualidade das decisões judiciais, tem-se que os precedentes judiciais obrigatórios são pautados na universalização da decisão judicial com vistas a solucionar da melhor forma o caso concreto, buscando a melhor solução para

aquele caso e os casos semelhantes. Alicerça-se na ideia da segurança jurídica. Se o caso não for semelhante, “o juiz fará distinção, elencando as razões que justificam a diferença entre casos e que ensejam um tratamento jurídico diferente” (MACEDO, 2017, p. 183).

2.2 Decisão judicial e o convencimento do julgador

Historicamente, segundo Ricardo Cavalli, o princípio do livre convencimento do juiz surgiu após a Revolução Francesa de 1789. Anteriormente a isso, os julgadores decidiam da forma que lhes fosse mais conveniente, mesmo contra a lei. Por essa razão, surgiram as regras para avaliação de provas, buscando maior segurança jurídica e transparência das decisões. O princípio veio descrito pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹, porém, com o passar do tempo, foram instituídos outros sistemas de valoração de provas, “sendo que a doutrina apresenta três sistemas: a) critério positivo legal; b) livre convicção; c) persuasão racional ou livre convencimento motivado” (CAVALLI, 2016).

No primeiro, como explica Greco Filho, o juiz decide de acordo com pesos probatórios previamente legais. Tal sistema foi amplamente utilizado nas Ordenações do Reino, especialmente em matéria criminal (GRECO FILHO, 2003, p. 228).

Como explica Cavalli (2016), na livre convicção, o julgador se afasta das regras legais e julga livremente, tal sua consciência. Esse sistema ainda é utilizado nos julgamentos de competência do tribunal do júri, pois basta que os jurados respondam aos quesitos apresentados, sem qualquer necessidade de fundamentação ou apresentação das razões que os levaram a decidir dessa ou de outra maneira.

O terceiro sistema, adotado pelo Código de 1973, é intermediário, segundo Greco Filho (2003, p. 229), porque admite a livre apreciação da prova, esta devendo estar vinculada aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, mesmo que não alegados pela parte, e, ainda, exige a fundamentação dos motivos que formaram o convencimento do juiz, por isso se dá o nome de sistema de livre convencimento motivado. Essa é a lição da clássica doutrina:

⁹ “Artigo X: Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.”

Adotou o CPC, no que se refere à avaliação da prova, o princípio da livre convicção motivada ou persuasão racional. Embora tenha o juiz plena liberdade para aceitar ou não o resultado da prova, que não tem o valor pré-fixado, necessário que a decisão a respeito seja acompanhada de fundamentação. Não têm aplicação, portanto, os princípios da prova legal ou tarifada, segundo os quais o valor encontra-se previamente determinado em lei, e da íntima convicção, que dispensa motivação do julgador (BEDAQUE, 2008, p. 386).

Entretanto, há parâmetros a seguir pelo magistrado, pois o livre convencimento, se não for regido por regras, pode levar a decisões sem fundamentação, inclusive indo de encontro ao princípio do duplo grau de jurisdição e do Acesso à Justiça, haja vista que um magistrado pode ter um entendimento numa questão e outro magistrado pode ter um outro entendimento sobre um mesmo assunto, acarretando ao jurisdicionado uma situação de busca de sorte na distribuição do processo no tribunal. Como discorre Theodoro Júnior (2007, p. 476):

[...] a) embora livre o convencimento, este não pode ser arbitrário, pois fica condicionado às alegações das partes e às provas dos autos; b) a observância de certos critérios legais sobre provas e sua validade não pode ser desprezada pelo juiz (arts. 335 e 366) nem as regras sobre presunções legais; c) o juiz fica adstrito às regras de experiência, quando faltam normas legais sobre as provas, isto é, os dados científicos e culturais do alcance do magistrado são úteis e não podem ser desprezados na decisão da lide; d) as sentenças devem ser sempre fundamentadas, o que impede julgamentos arbitrários ou divorciados da prova dos autos.

Ainda na vigência do CPC de 1973, era entendimento do Superior Tribunal de Justiça que o juiz não precisava acolher com primazia determinada prova, podendo analisar todas as provas em igualdade.

Vale ressaltar que o dever de fundamentar as decisões é uma garantia ao jurisdicionado. Por isso, o magistrado deve explicar as razões que o levaram a decidir, acolhendo as provas do vencedor e o porquê de afastar a pretensão do vencido.

Porém, não se pode apenas transportar a doutrina do *Common Law* para o nosso sistema jurídico sem superar as posturas positivistas. Como lecionam Streck e Abboud (2015, p. 7), “sem um olhar hermenêutico, o novo CPC corre o risco de acumular dois positivismos: o velho exegetismo, pela aposta em uma

espécie de conceitualização, e o positivismo pós-exegético de perfil normativista, porque aposta no poder discricionário dos juízes". E continuam: "há que se ter uma vigilância epistêmica, para evitar que a cotidianidade das práticas do Judiciário repristine o livre convencimento e, portanto, as posturas decisionistas".

Diferentemente da tradição do livre convencimento motivado, adotada pelo CPC/73, ensina Bedaque (2008, p. 386) que, embora tenha o juiz plena liberdade decisória, inclusive no que se refere à valoração da prova, é necessário que a decisão seja acompanhada de fundamentação.

Como destaca Portanova (1999, p. 245), "[...] o juiz é livre para basear seu convencimento tanto naquilo que as partes fazem (ativamente) no processo, como naquilo que elas deixam de fazer". Também nesse sentido, Nery Júnior (2008, p. 391) aduz que no livre convencimento motivado:

O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e por que é aplicável no caso concreto.

Entretanto, o sistema do livre convencimento motivado foi sendo distorcido ao longo dos anos, e ao juiz, ao contrário do que deveria ser, foi sendo atribuído um poder discricionário cada vez maior, conforme seus critérios pessoais, vindo o novo Código de Processo Civil alterar essa sistemática, com a supressão do livre convencimento do juiz.

Com isso, com a entrada em vigor do CPC de 2015, surgiram discussões acerca do princípio do livre convencimento motivado, em razão da supressão da adjetivação "livre" no que se refere à valoração das provas pelo juiz. Ante a tais questões, importantes doutrinadores consideram que o novo CPC abandonou a referência ao livre convencimento motivado, embora há quem defenda o contrário.

Consoante entendimento de Didier Jr. (2015, p. 103), "o silêncio do novo CPC é eloquente, ao retirar o advérbio 'livremente' da expressão 'o Juiz apreciará a prova', contido no art. 371". Para ele, essa foi uma das mais importantes mudanças do ponto de vista simbólico do novo Código de Processo Civil.

Contudo, vale observar que o objetivo do legislador ao formular o Novo CPC foi demonstrar, a partir do artigo 1º, que o processo civil deverá estar sempre em consonância com os valores e fundamentos constitucionais, reproduzindo, inclusive, no art. 11, o conceito previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, assinalando que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Com base nisso, constatou-se a necessidade de acabar com o livre convencimento pelas distorções ocorridas nesse sistema, em que o juiz conferia, de acordo com sua consciência, o peso que bem entendesse, proferindo decisões com alto grau de subjetividade. Coutinho (2015) aduz que o fim do “livre convencimento” do juiz visa à rejeição da figura do que julga motivando as próprias razões, previamente eleitas, que promove a decisão com base nos seus próprios meios (motivação pessoal), ao contrário do que se propõe.

Portanto, tem-se que, no CPC/15, não há mais lugar para o sistema do livre convencimento. No entanto, cabe destacar que apenas a alteração da letra da lei não tem força para produzir as mudanças processuais que devem ser implementadas pelos operadores do Direito para que seja efetiva, de modo a proporcionar uma grande evolução processualista, evitando que se torne letra morta.

2.3 Livre convencimento: superação ou adequação?

Parte da doutrina procura demonstrar que o livre convencimento motivado persevera no CPC/2015, não obstante a retirada da expressão no novo texto legal, porque, conforme Delfino e Lopes (2015), “jamais foi concebido como método de (não) aplicação da lei a permitir que o juiz julgue como bem entenda, e sim como antídoto eficaz e necessário para o combate dos sistemas da prova legal e do livre convencimento puro”.

De início, a interpretação do direito é nitidamente dependente do julgador. Há um problema filosófico-paradigmático relacionado à jurisdição e ao papel do juiz, que vem desde o final do século XIX. A relação está na figura do juiz como um transmissor do sentimento jurídico do povo, o que repercutiu também no direito brasileiro. Nas palavras de Streck (2014, p. 40-41):

Essa aposta solipsista está lastreada no paradigma racionalista-subjetivista, que atravessa dois séculos, podendo facilmente ser percebida, na sequência, em Chiovenda, para quem a vontade concreta da lei é

aquilo que o juiz afirma ser a vontade concreta da lei; em Carnellutti, de cuja obra se depreende que a jurisdição é “prover”, “fazer o que seja necessário”; também em Couture, para o qual, a partir de sua visão intuitiva e subjetivista, o problema da escolha do juiz é, em última análise, o problema da justiça; em Liebman, para quem o juiz, no exercício da jurisdição, é livre de vínculos enquanto intérprete qualificado da lei. No Brasil, essa dependência do juiz atravessou o século XX, sendo que tais questões estão presentes na *concepção instrumentalista* de um sujeito cognoscente: o julgador.

Na vigência do então livre convencimento, foram proferidos decisões e votos como o transcrito a seguir, de lavra do Ministro do STJ Humberto Barros, de moldes positivistas:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. **Decido, porém, conforme minha consciência.** Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. **É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim.** E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. **Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele.** É fundamental expressarmos o que somos. **Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém.** Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (STJ, AgReg em ERESP 279.889-AL, Primeira Seção, j. 14 ago. 2002, destaques nossos).

No Estado Democrático de Direito, o julgador, em vez de “fundamentar a partir da própria consciência (ou das essências), se trata de compreender, ‘reconhecer’ na tradição as determinantes da decisão”. E os princípios “fecham a interpretação, talham o acontecer da norma no caso concreto” (DELFINO; LOPES, 2015).

Todavia, impor que decidir conforme um julgado anterior impede o convencimento do juiz, conforme Macedo (2017, p. 178), é

equivocado, porque, segundo o autor, o convencimento motivado é regra pertinente à apreciação probatória; os precedentes obrigatórios “determinam que as regras ou princípios postos em decisões anteriores sejam reconhecidos como parte do ordenamento jurídico, portanto, não na valoração das provas do caso”.

Portanto, aplicar o precedente é também aplicar o direito, não se podendo ater a um resíduo do positivismo legalista, já superado no nosso ordenamento jurídico.

2.4 Decisões no CPC/2015 e o sistema de precedentes

A reformulação da teoria geral do processo e, como consequência, da teoria da decisão inicia-se com a reanálise do conceito de decisão judicial, utilizando-se, para tanto, as doutrinas de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas.

Aplica-se a ideia do construtivismo judicial de Dworkin para solução dos casos difíceis, e a estruturação de um sistema de precedentes judiciais baseados no Direito como integração.

De Habermas, a proposta dialógica de construção das decisões judiciais e a sua concepção acerca de um procedimento adequado para inclusão dos interesses da sociedade civil no espaço público, com a democratização do debate judicial e da construção dialógica das decisões judiciais.

O novo CPC, que ressalta a importância dos precedentes judiciais, traz expressamente a relevância da fundamentação das decisões judiciais não conforme o julgador acredita ser suficiente (simplesmente por acreditar correto), mas juridicamente motivada, não deixando de considerar as decisões já proferidas pelos Tribunais Superiores.

A decisão judicial não é baseada somente no livre convencimento do julgador. Conforme Jorge Neto (2017, p. 19), é um ato que resulta de um processo argumentativo-pragmático, que também recebe influxos de outras decisões judiciais em que as mesmas questões foram anteriormente decididas, da comunidade acadêmica e da sociedade civil. O autor destaca:

Até agora, as decisões têm sido analisadas pela doutrina simplesmente como válidas ou inválidas em função da fundamentação adequada. Falta um critério de legitimação. Falta um critério de justiça. Esses critérios, ainda que não sejam conclusivos, são importantes porque possibilitam outro nível de crítica à atividade jurisdicional. Um nível em que a crítica é também uma participação ativa, no sentido de legitimar as decisões e participar da construção do Direito (JORGE NETO, 2017, p. 10).

E, sobre a previsão de aplicação de precedentes no novo código, Jorge Neto (2016) faz o seguinte comentário:

O sistema de precedentes “exige dos juízes e advogados coerência, previsibilidade e, sobretudo, uniformidade no tratamento de casos semelhantes, ainda que ao custo de produzir decisões erradas nos casos desviantes do padrão [...] Segundo Schauer, ao exigir que as decisões judiciais sigam os precedentes, o Direito está comprometido com a visão de que, frequentemente, é melhor que a decisão esteja de acordo com o precedente do que esteja certa; de que, frequentemente, é mais importante que a decisão seja consistente com o precedente que traga os melhores resultados.

Didier Junior (2012, p. 84) aborda o Princípio da Cooperação, mais adequado para uma democracia. Para ele, a “decisão judicial é fruto da atividade processual de cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento”. Nesse sentido, apesar da liberdade judicial em proferir sua decisão, o magistrado não deve surpreender as partes com sentenças, ainda que de acordo com o sistema processual e material vigente, sem ter proporcionado antecipadamente às partes uma discussão sobre a tese que levou à decisão final.

A decisão deixa de ser um julgamento solitário do juiz, pelo seu entendimento individual, e passa a ser um ato democrático entre as partes, num debate que pode inclusive se encerrar mediante um consenso, uma conciliação como forma de resolver os conflitos.

Destacando Cavalli (2016), no voto do Min. Gilmar Mendes do MS 24.268/04, que tomou como base a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão:

[...] expôs o direito-dever fundamental de as decisões serem fundamentadas. afirmou que o cidadão que entra em juízo tem:

- a) direito de informação (*Recht auf Information*) que obriga o órgão julgador a informar a parte contrária dos atos praticados no processo sobre os elementos dele constantes;
- b) direito de manifestação (*Recht auf Aussirung*), que assegura ao defensor a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo.
- c) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berucksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*aufnahmefahigkeit und aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Logo, decisões que apenas transcrevem acórdãos ou súmulas sem uma análise das questões jurídicas do caso concreto e sem informar as razões que levam à aplicação deste ou daquele precedente judicial podem ser consideradas como não fundamentadas (CAVALLI, 2016).

Na verdade, há lides repetitivas, porém toda situação fática requer uma análise individualizada. Caso contrário, chegar-se-á a um momento em que o padrão estabelecido em decisões anteriores subjugará o julgador, tornando-o um repetidor. Portanto, o processo tem a finalidade de solucionar o caso concreto e servir de base para casos futuros. Ao aplicar o precedente, o juiz deve realizar a distinção e interpretar o precedente, tendo em vista que sua eficácia serve para toda a sociedade. O direito, como ciência social, é dinâmico, com reinterpretações e superações de entendimentos, podendo surgir um precedente que supere aquele anterior, o chamado *overruling*. Assim, ao contrário do que temem alguns, o precedente não levará o direito à estagnação social.

Atualmente, vive-se a fase da ampliação dos direitos e da tentativa de efetivação de acesso à justiça. Buscam-se alternativas para encontrar soluções aptas a tornar a prestação jurisdicional mais célere, efetiva e justa, entre as quais o sistema de precedentes judiciais.

Conforme Streck (2014, p. 7), o Projeto trazia um modelo de precedentes, mas para as instâncias inferiores. Não havia previsão de controle. Então, foi apresentada à Comissão Elaboradora do Código uma sugestão de introduzir um novo parágrafo ao Projeto, de forma a preencher essa lacuna.

Gerhardt (2008, p. 10), por exemplo, lista dez funções para os precedentes judiciais que permitem a sua diferenciação de uma simples decisão judicial. Em suas palavras:

O precedente serviria para argumentar; solucionar lides; vincular casos semelhantes; estabelecer agendas ou prioridades; facilitar o diálogo; definir a estrutura legislativa ou constitucional; ser marco histórico; educar; simbolizar; definir identidade nacional e implementar valores constitucionais.

Alguns julgados possuem carga normativa que repercute sobre outras decisões. Porém, persiste a função judicante dos magistrados, posto que cabe a eles interpretar os fatos e aplicar o direito, não só como atividade de cunho positivista, de moldes “dá-me os fatos que te dou o direito”, mas dentro de uma perspectiva de correlação com os interesses da sociedade. Transcrevendo Zaneti Jr. (2016, p. 11):

[...] a redução da discricionariedade dos juízes e tribunais aumenta a independência e a autonomia destes em relação aos demais poderes, pois a diminuição da subjetividade decisória evita a exposição de julgadores a pressões políticas e sociais de ocasião, já que estarão vinculados unicamente à lei e aos precedentes. Em verdade, tornam-se mais independentes, mais livres dos interesses políticos e privados contingentes, seja em razão de poderes extremos (Poder Executivo e mercado), seja em razão de poderes internos (visto que a cúpula do Poder Judiciário também é vinculada aos seus próprios precedentes).

Por isso também o desenvolvimento dos controles de jurisdição nas Cortes Superiores, haja vista que o sistema é uniforme e não disperso em causas isoladas, de modo a haver a necessidade da adoção de precedentes, em face da complexidade das relações jurídicas num meio social em constante mudança, às vezes evolução e também revolução.

2.5 O Direito como integridade de Ronald Dworkin

Dworkin identifica, na teoria política, três virtudes que devem ser levadas em conta: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo.

A equidade constituiria “uma questão de encontrar os procedimentos [...] que distribuem o poder político da maneira adequada”. Pela justiça busca-se atender à preocupação de que “nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável”. A integridade é uma questão de princípio. Na concepção do direito como integridade, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 2003, p. 200 e 272). Nas palavras do autor:

O convencionalismo exige que os juízes estudem os repertórios jurídicos e os registros parlamentares para descobrir que decisões foram tomadas pelas instituições às quais convencionalmente se atribui poder legislativo. Tem os olhos voltados para o passado. [...] O direito como integridade é diferente: deve partir da concepção atual, considerando o passado – como adequação linear – mas com vistas a produzir a melhor decisão no futuro. Deve imprimir um caráter de continuidade ao direito [...] A história contém os prin-

cípios que lastrearam as decisões anteriores, e serve de adequação linear para construção de uma nova decisão. A integridade requer coerência para interpretação de um princípio e sua identificação. [...] Uma ruptura total pode existir, mas exigirá uma argumentação maior para ser justificada, sobretudo em termos de princípios (DWORKIN, 2003, p. 275).

Não há apenas uma teoria interpretativa do direito. As teorias interpretativas de cada juiz são diferentes porque cada um deles tem suas próprias convicções sobre a prática do direito: seus propósitos, objetivos ou princípios justificativos são identificados individualmente. Como ressalta o autor, embora existam inúmeras divergências entre os juízes, toda comunidade tem seus paradigmas em direito, daí a razão de ser dos precedentes judiciais (DWORKIN, 2003, p. 110).

Dworkin utiliza a ideia de Hércules para traduzir a magnitude do trabalho do julgador. Critica a noção de vontade do legislador, tendo em vista a dificuldade de se aplicar ao caso concreto, por exemplo, leis votadas e aprovadas há muito tempo, em outro contexto social:

Se Hércules houvesse decidido ignorar a supremacia legislativa e o precedente estrito sempre que a ignorância dessas doutrinas lhe permitisse aperfeiçoar a integridade do direito, considerada por si só, matéria relevante, então ele teria violado totalmente a integridade. Pois qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais (DWORKIN, 2003, p. 479).

Sobre o assunto vale transcrever opinião de Habermas (2003, p. 263):

Dworkin exige a construção de uma teoria do direito, não de uma teoria da justiça. A tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios da justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem jurídica concreta em seus elementos essenciais, de tal modo que nela se encaixem todas as decisões tomadas em casos singulares, como se fossem componentes coerentes.

Vale destacar que no sistema de precedentes brasileiro a atividade dos juízes e tribunais é interpretativa. Destarte, não formula normas jurídicas, ao contrário do sistema *Common Law* em países de tradição inglesa, razão pela qual é considerado um

Common Law à brasileira, adaptado às nossas origens do direito romano.

Apesar da previsão constitucional contida no art. 93, IX, da CF, o CPC/15 também consagra expressamente o princípio da fundamentação das decisões judiciais em seu art. 11, segundo o qual os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões sob pena de nulidade.

O CPC/15, entretanto, foi além, ao prever expressamente hipóteses em que a decisão judicial não pode ser considerada como fundamentada. No caso em concreto, interpretação diversa da disposição do artigo 489, § 1º, do CPC/15 viola a integridade do Direito.

A construção do que é direito envolve uma dupla exigência: sistemática, na elaboração de uma ordem jurídica coerente e, ainda, pragmática, já que busca decisões aceitáveis pelo meio e, portanto, razoáveis, envolvendo um conceito de adesão e não de verdade (PERELMAN, 2004, p. 238).

Portanto, o uso do sistema de precedentes é um grande avanço em nossa sociedade, tendo em vista que o juiz deverá atentar para os precedentes judiciais a partir de uma regra coerente, sem espaço para julgamentos antagônicos. Como visto, também é uma importante alternativa para acelerar a finalização das causas, como também a redução dos recursos, mas desde que fiquem assegurados a segurança jurídica, o amplo direito de defesa e os demais princípios, que são os pilares fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Ademais, a decisão judicial foi remodelada, passando-se do instituto do livre convencimento do juiz para uma decisão baseada em precedentes. Todavia, ao contrário dos que afirmam ter o trabalho dos juízes reduzido, demonstrou-se que, pelo contrário, o julgamento segue regras prescritas no código processual de 2015, passando a ser uma atividade de extrema importância para a sociedade, em que pese o juiz deixar de ser espectador para atuar em cooperação entre as partes e, numa integridade, buscando refletir a justiça.

Conclusão

Foram analisadas as mudanças quanto aos limites do poder de decisão do juiz, haja vista que o sistema de precedentes deverá ser observado, e esse se o novo sistema afasta a atividade criativa do juiz ou se a torna inclusive mais complexa, como técnica processual para concretização da justiça. Em face da modifi-

cação interpretativa, da evolução social e de outros fatores, pode haver necessidade de alteração dos precedentes, ou seja, eles não podem ser imutáveis, sob risco de inviabilizar a evolução do direito, essencial à sociedade.

Demonstrou-se a técnica de superação (overruling), que corresponde à revogação do entendimento consubstanciado no precedente, porém determinando-se os efeitos da alteração.

Consagra-se a necessidade de decisões fundamentadas, afastando-se julgamentos que simplesmente descrevam pura e simplesmente o entendimento do julgador. A questão da sentença como um ato argumentativo-pragmático, com reflexo de outras decisões judiciais, legitimando as decisões e buscando a Justiça, a estabilização e a uniformização do sistema jurídico, procurando solucionar o caso concreto e servir de base para o futuro, com celeridade, eficiência e efetividade.

Porém, deve-se reconhecer o papel criativo do julgador considerando as circunstâncias dos casos, buscando a solução mais racional possível do litígio e admitindo que por vezes deverá o juiz transcender a lei, inclusive quando observar que sua aplicação de forma literal não atenderá a pretensão do caso concreto.

Além disso, viu-se que os precedentes despontaram no CPC de 2015 em face de posicionamentos diferentes e incompatíveis nos tribunais, ressaltando a busca pela uniformização das decisões judiciais, sabendo que os precedentes são decisões que servem de subsídios para processos similares, dando maior previsibilidade às demandas e aumentando a segurança jurídica, porquanto casos semelhantes terão desfechos semelhantes.

Posteriormente, aprofundou-se a discussão acerca da teoria da decisão e a discricionariedade judicial, bem como foram destacadas as críticas mais comuns ao sistema de precedentes e teceram-se considerações a respeito.

Assim, cabe ressaltar que, historicamente, o princípio do livre convencimento do juiz, a partir da Revolução Francesa e da derrocada dos governos absolutistas, foi mitigado. Porém, sempre mantiveram a livre expressão do juiz quanto ao seu entendimento.

Já no CPC de 2015 foi retirada a expressão “livremente” no que tange à apreciação das provas, o que foi considerado uma das mais importantes mudanças no Código. Por outro lado, mesmo não havendo o livre convencimento de forma literal no texto, nada impede que seja aplicado. No entanto, ao interpretar o livre convencimento à luz da aplicação dos precedentes, tem-se que o Código visou somente à rejeição da figura do julgador que decide somente conforme suas próprias razões, previamente eleitas, afastando a segurança jurídica do sistema.

No que tange às críticas mais comuns, os opositores à teoria dos precedentes judiciais alegam questões como a inflexibilidade, complexidade, ofensa ao convencimento motivado e à independência do juiz, impedimento de acesso à justiça, redução da qualidade das decisões judiciais, inexistência de uma cultura de respeito aos precedentes e a tripartição dos poderes, o que foi devidamente contestado no presente trabalho.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. São Paulo: Forense, 2011.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Código de Processo Civil interpretado**. (coord. Antônio Carlos Marcato). 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 7. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 7556/GO, j. 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439.

_____. Agravo Regimental em Embargos de Divergência ERESP 279.889-AL, Rel. Min. Humberto Barros, Primeira Seção, j. 14 ago 2002.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial**: a justificação e aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 553-673.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Brynnt. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALLI, Ricardo Fachin. Princípio do livre convencimento motivado do juiz. **Âmbito Jurídico**,

Rio Grande, XIX, n. 144, jan. 2016. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D13175%26revista_caderno%3D8?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16725&revista_caderno=21>. Acesso em: 09 out. 2017.

COUTINHO, Sheyla Yvette Cavalcanti Ribeiro. O novo CPC e a superação do empoderamento judicial?. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XVIII, n. 139, ago. 2015. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15309&revista_caderno=21> Acesso em: 10 nov. 2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

DELFINO, Luício; LOPES, Ziel Ferreira. A expulsão do livre convencimento motivado do Novo CPC e os motivos pelos quais a razão está com os hermeneutas. **Justificando**, 13 abr. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/04/13/a-expulsao-do-livre-convencimento-motivado-do-novo-cpc-e-os-motivos-pelos-quais-a-razao-esta-com-os-hermeneutas/>> Acesso em: 10 out. 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v.1.

_____. **Sobre a teoria geral do processo**: essa desconhecida. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DONIZETTI, Elpidio. A força dos precedentes no novo código de processo civil. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: <<https://elpidio-donizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 26 out. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 10. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GERHARDT, Michael J. **The power of precedent**. Oxford: Oxford University, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e a validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Sistema de precedentes no novo CPC coloca o Direito brasileiro numa encruzilhada. **Consultor Jurídico**, 8 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mar-08/nagibe-melo-sistema-precedentes-poe-direito-numa-encruzilhada>>. Acesso em: 3 maio 2018.

_____. **Uma teoria da Decisão Judicial:** fundamentação, legitimidade e justiça. Salvador: JusPodivm, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LIMA, Tiago Asfor Rocha. **Precedentes judiciais civis no Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MAGALHÃES NETO, Floriano B; BENEVIDES, Lilese B. Common Law e Civil Law: história, peculiaridades e utilização no Brasil e no direito de outros países. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Fortaleza, ano IX, nº 17, nov. 2013, p.45-60.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil:** Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, nº 88, Out/Dez 2014. Disponível em:

<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdi_Cntd=213410>. Acesso em: 22 dez. 2017.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica:** nova retórica. Trad. Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais:** racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruai, 2012.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer:** a new introduction to legal reasoning. Cambridge: Harvard University Press, 2009. *Kindle*.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 08 abr. 2017.

_____; ABBOUD, Georges. **ONPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando.** Salvador: JusPodivm, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto et al. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria pura do direito:** repasse crítico de seus principais fundamentos. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e Common law, Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, 2009.

WENDPAP, Elis. Breve análise do histórico do positivismo jurídico, a partir da obra "positivismo jurídico", de Norberto Bobbio. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 97, fev. 2012. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11154>. Acesso em out. 2017.

ZANETI JR, Hermes. **Comentários ao novo código de processo civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

O instituto do parcelamento, edificação e utilização compulsórios no município de Juiz de Fora

Bruna Alice Nardy Abbud

Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

Frederico Augusto D'Avila Riani

Professor Doutor do Departamento de Direito Público Material da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O instituto do parcelamento, edificação e utilização compulsórios, previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, é um instrumento urbanístico capaz de conferir função social à propriedade urbana. Ocorre que o instituto deve ser previsto de forma clara e objetiva nos planos municipais, sob pena de se tornar inaplicável. Em Juiz de Fora, apesar de haver previsão legal para o uso dessa ferramenta, ela é ineficaz, uma vez que não consegue produzir os seus efeitos. Tal ineficácia também é constatada no Projeto de Lei que visa à atualização da legislação urbanística da cidade, conforme será demonstrado no presente trabalho.

Palavras-chave: Parcelamento, edificação e utilização compulsórios. Função social. Eficácia. Juiz de Fora.

ABSTRACT

The institute of compulsory installment, building and use, provided in the Federal Constitution and in the City Statute is an urbanistic instrument capable of conferring a social function on real state property. It occurs that the institute must be clearly and objectively foreseen in municipal plans, otherwise it won't be applicable. In Juiz de Fora, although there is legal provision for the use of this tool, it is ineffective, since it cannot produce effects. This ineffectiveness is also evidenced in a Law project that seeks to update the urban planning legislation of the city, as it will be verified.

Keywords: Compulsory parceling, building and use. Social role. Efficiency. Juiz de Fora.

Introdução

O presente trabalho tem por escopo analisar o instrumento urbanístico do parcelamento, edificação e utilização compulsórios previsto no Plano Diretor de Juiz de Fora, Lei nº 9.811, bem como no Anteprojeto de Lei que visa a sua atualização.

Esse instrumento é previsto constitucionalmente, além de ser apresentado de maneira detalhada no Estatuto da Cidade, Lei 10.257.

O plano diretor, mediante as suas ferramentas, como a do parcelamento, uso e edificação compulsórios, possui a capacidade de fazer com que os imóveis cumpram sua função social.

Para tanto, mister que o plano diretor e as leis correlatas tratem de forma objetiva a aplicação dos instrumentos urbanísticos, sempre observando os anseios específicos de cada realidade urbana.

Ocorre que não se observa isso no Plano Diretor de Juiz de Fora nem na proposta preliminar de plano, sendo possível apontar as inúmeras lacunas, obscuridades e termos genéricos ali existentes, os quais, por sua vez, tornam a lei municipal umbilicalmente dependente de outros diplomas legais. Todavia, as leis complementares ao plano sequer foram criadas, fazendo com que o parcelamento, uso e edificação compulsórios sejam inaplicáveis.

Assim, o presente trabalho gira em torno da verificação da normatização do instrumento na legislação urbanística de Juiz de Fora, conseguinte analisando os problemas que obstarão sua plena aplicação e eficácia no plano fático.

Para tanto, toma-se como paradigma o parcelamento, edificação e utilização compulsórios, previstos no plano diretor dos municípios de São Paulo, pelo fato de este ser um exemplo a ser seguido devido a sua completude, trazendo também, a título exemplificativo, o Plano Diretor de Belo Horizonte, bem como o Projeto de Lei nº 1.749, que pretende atualizar a legislação urbanística da capital mineira.

1 O plano diretor

O plano diretor é um mecanismo basilar de orientação do ordenamento e desenvolvimento dos municípios, previsto no art. 182¹ da Constituição Federal e disciplinado no Estatuto das Cidades, Lei nº 10.257.

¹ “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo

Importante esclarecer que os municípios que se enquadram nos casos previstos do art. 41 da Lei nº 10.257 são obrigados a elaborar e implementar um plano diretor, devendo este ser criado de maneira multidisciplinar e com intensa participação popular, uma vez que é feito, justamente, para proporcionar uma melhor condição de vida aos munícipes.

Frisa-se que o plano diretor deve ter um conteúdo mínimo que aborde o aspecto físico, econômico, social e administrativo da cidade.

No que tange ao aspecto físico, faz-se necessário mencionar que esse deverá conter diretrizes claras e objetivas, delimitando as áreas que poderão ser atingidas pelas obrigações, garantindo, assim, a implementação dos instrumentos urbanísticos, como o parcelamento, utilização e edificação compulsórios, que serão estudados aqui.

Nesse sentido é o entendimento de Pires (2007, p. 139): “A especificação e a delimitação de áreas têm por finalidade garantir a implementação do instrumento e estabelecer segurança jurídica para a medida que será adotada” e Silva (2012, p. 139): “deverá conter disposições sobre a delimitação das áreas urbanas onde poderão ser aplicados: (a) o parcelamento, a edificação e utilização compulsória, considerando a existência de infraestrutura e de demanda de uso”.

Somado a isso, o art. 5º do Estatuto da Cidade deixa clara a necessidade de haver previsão na legislação municipal comple-

ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

mentar ao plano acerca das áreas afetadas. Dessa forma, a lei discriminará de forma detalhada as localidades em que o poder público poderá impor as obrigações urbanísticas, como o parcelamento, edificação e utilização compulsórios.

Assim sendo, o plano diretor deve englobar o município como um todo, ou seja, área urbana e rural, e ser revisto pelo menos a cada dez anos, atendendo às constantes transformações da cidade.

Destarte, a existência de um plano e a criação de leis municipais que visam detalhar a aplicação dos instrumentos urbanísticos previstos no primeiro são condições necessárias para a imposição desses.

Insta frisar que a existência de um plano diretor é imprescindível para que a propriedade urbana cumpra a sua função social. Porém, a mera existência no plano legal não basta, sendo necessário que a lei surta efeito no plano material, concreto, dos indivíduos.

2 A eficácia jurídica

Uma norma possui eficácia jurídica quando consegue cumprir o fim ao qual se destinava quando foi criada, ou seja, a infalibilidade da norma consiste na sua capacidade de ser exigível, aplicável e executável. Nesse sentido é o ensinamento de Silva (2007, p. 66):

Eficácia é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Tratando-se de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador.

Em relação aos planos diretores, infelizmente nem todos conseguem alcançar os objetivos pretendidos no momento de sua criação, sendo o de Juiz de Fora um de tantos outros. Isso porque, além de serem repletos de termos genéricos e imprecisos, portanto, desnudados de qualquer carga semântica e/ou cogente, dependem de leis específicas, que muitas vezes inexistem ou são insuficientes.

Neste ponto vale colacionar uma crítica aos planos diretores feita por Villaça (2001, p. 188):

Dos enormes volumes com centenas de páginas recheados de mapas, pesquisas e estatísticas elabora-

das por equipes multidisciplinares e abordando enorme leque de problemas, transformam-se em meros projetos de lei, às vezes contendo apenas declarações de princípios, políticas ou diretrizes gerais, às vezes até sem mapas, ou com poucos mapas.

Sendo assim, o plano não pode ser composto apenas de leis que reproduzam princípios e apresentem diretrizes genéricas, sob pena de se tornar uma norma ineficaz.

Além disso, o plano deve abranger aspectos de ordem prática e programática, que se reproduz na legislação específica de modo que esta traga a solução para os problemas verificados na fase de diagnóstico, anterior a sua elaboração, para assim possuir eficácia jurídica necessária.

3 Função social da propriedade imóvel urbana

Antigamente, a propriedade era garantida de forma extremamente individualista, nessa concepção o proprietário tinha o direito de usar, gozar e dispor do bem conforme assim o desejasse, sem qualquer preocupação para com terceiros e/ou bem-estar da sociedade.

Ocorre que, com o decurso do tempo, passou a se verificar um certo tipo de publicização do direito à propriedade, uma vez que o proprietário deixou de ser somente detentor de direitos para ter também deveres, impostos na tentativa de fazer com que a propriedade atinja o bem-estar coletivo, ou seja, cumpra a sua função social.

Dessa forma, o direito à propriedade deixou de ser absoluto, sendo garantido quando o bem atenda concomitantemente aos interesses coletivos.

Nesse sentido é o ensinamento de Tepedino (1997, p. 321):

propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou de qualquer modo, em carácter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para as suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade.

Essa mitigação do direito à propriedade é observada na jurisprudência pátria, como se vê na Apelação Cível nº

10024112692926001², que tramitou na 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, cuja relatora foi a Desembargadora Selma Marques.

A apelação citada trata-se de recurso interposto pelo Hotel Califórnia Ltda. em face do Município de Belo Horizonte na tentativa de rever a sentença que julgou improcedente o pedido do apelante de permanecer utilizando a área em que o hotel é sediado.

Verifica-se que Prefeitura Municipal de Belo Horizonte havia notificado o recorrente para encerrar as suas atividades por estar funcionando sem o devido alvará de localização e funcionamento e, além disso, pelo fato de a referida atividade não ser permitida no local, conforme prevê a lei de parcelamento, ocupação e uso do solo, desde o ano de 1976.

Dessa forma, só seria permitida a permanência das atividades no local caso estas tivessem se iniciado antes da edição da lei supracitada, o que não foi provado, pois a empresa autora iniciou suas atividades no ano de 1994, como demonstra o seu contrato social. Somado a isso, conforme sabiamente destacado no julgado, mesmo que ficasse demonstrado o uso anterior a 1976, este teria que ser lícito e regular.

O voto da relatora, acompanhado pelo Desembargador Corrêa Junior e pela Desembargadora Sandra Fonseca, traduz claramente que o direito à propriedade, para ser garantido, deve ser seguido do exercício da função social, que no presente caso seria o atendimento das normas de parcelamento, uso e ocupação do solo.

A relatora fundamenta seu voto no art. 30, VIII da Constituição Federal, que dispõe acerca da competência do Município para promover o adequado ordenamento territorial, mencionando ainda o art. 182, § 2º do mesmo diploma legal, aduzindo

² Ementa: PROPRIEDADE URBANA. ATIVIDADE ECONÔMICA EM DETERMINADA ÁREA. PROIBIÇÃO PELA LEI DE USO E OCUPAÇÃO DO SOLO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA REGRA SOB PENA DO DESCUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE URBANA. -A propriedade urbana cumpre sua função social (art. 182, parágrafo 2º, da CF/88), quando observa as regras de utilização do solo, tal qual a proibição para o desempenho de determinadas atividades econômicas, em áreas especificadas pelo ente municipal. - A inexistência de pendências ambientais, os gastos com a reforma ou melhoramento do imóvel, ou mesmo a alegação evasiva atrelada à função social da empresa, não autoriza o desempenho de atividade econômica em área na qual é vedada pela Lei de Parcelamento, Ocupação e Uso do Solo do Município de Belo Horizonte, mormente se referida proibição era de pleno conhecimento do empresário, que dela buscava incessantemente se furta.

que a propriedade urbana quando atende as exigências municipais cumpre a função social.

Embasa ainda a sua decisão denegatória nos arts. 2º e 39 do Estatuto da Cidade, afirmando que não há proporcionalidade ou razoabilidade que permita a inobservância da função social de um imóvel, tendo em vista o fato de estarmos frente a uma norma constitucional.

Portanto foi negado o provimento ao recurso interposto, sob o fundamento de que a propriedade urbana deve obedecer às diretrizes municipais para atender a função social, o que não foi verificado no caso concreto pelo fato de a área onde o hotel ser sediado não comportar a atividade exercida.

Em relação à função social, cabe ainda mencionar que o seu significado é amplo, dependendo da realidade de cada município para ser determinado. Nesse sentido é o entendimento de Collado (1979, p. 138) apud Silva (2012, p. 77):

o direito do proprietário está submetido a um pressuposto de fato, à qualificação urbanística dos terrenos, cuja fixação é da competência da Administração, de natureza variável, de acordo com as necessidades do desenvolvimento urbanístico das cidades, cuja apreciação corresponde também à Administração.

Assim sendo, conforme prevê o art. 182 da Carta Magna, é papel do plano diretor e das leis correlatas delinear de forma objetiva, observando os anseios locais, o que seria o cumprimento da função social para aquela realidade urbana, sendo possível então aferir o seu cumprimento, bem como disciplinar mecanismos de efetivação e as sanções nos casos de não atendimento.

4 O parcelamento, edificação e utilização compulsórios

O instrumento urbanístico do parcelamento, edificação e utilização compulsórios está previsto no art. 182, § 4º, inciso I da Constituição Federal, assim como nos artigos 4º, 5º³ e 6º do Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257.

³ "Art. 5º. Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

O parcelamento compulsório, resumidamente, consiste na obrigação do proprietário de dividir uma determinada área abrangida pelo plano diretor e lei específica, mediante desmembramento ou loteamento, conforme a necessidade municipal nas leis mencionadas, visando a sua urbanização.

Já a imposição de edificar, conforme sabiamente menciona Levin (2010, p. 89) é aplicável ao “dono de imóvel urbano sem nenhum aproveitamento, desde que a situação de não edificação do solo seja contrária às disposições do plano diretor, e desde que cumpridos os demais requisitos do art. 5º da Lei nº 10.257/2001”, sendo os bens não edificados aqueles isentos de qualquer construção.

Por fim, a utilização compulsória é aplicável nos casos em que a propriedade urbana não apresente qualquer utilização ou se encontre subutilizada, descumprindo, de tal forma, as disposições estabelecidas no plano municipal.

Cabe esclarecer que o imóvel subutilizado é aquele cujo aproveitamento é inferior ao mínimo estabelecido na legislação urbanística municipal, enquanto o não utilizado é caracterizado pela total ausência de uso útil e legal, enquadrando-se nesses também os imóveis abandonados.

O município tem o poder-dever de notificar o proprietário do imóvel que não esteja cumprindo com as disposições estabelecidas no plano diretor e na legislação correlata, caso exista, acerca da necessidade de conferir o devido aproveitamento ao bem, com o objetivo de fazer com que a propriedade atinja a função social.

II – (VETADO) § 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 3º A notificação far-se-á:

I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:

I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.”

A notificação ao proprietário do imóvel deverá se dar de forma fundamentada e, posteriormente, ser averbada no cartório de registro de imóveis, tornando pública a obrigação e dando início à contagem de prazo para que o proprietário apresente um projeto de adequação do uso do bem.

O prazo para apresentação do projeto e início das obras deve ser determinado pelo plano diretor, não podendo ser inferior a um ano para a apresentação do projeto e a dois, contados a partir da aprovação do projeto, para o início das obras, conforme dispõe o art. 5º, § 4º da Lei nº 10.257. Salienta-se que os prazos para análise do projeto e conclusão da obra também devem ser estabelecidos pela legislação municipal.

Caso o proprietário descumpra os prazos, haverá a incidência do IPTU progressivo no tempo, que consiste em uma majoração da alíquota do imposto. Cabe esclarecer que a majoração ocorrerá anualmente, perdurando até o quinto ano consecutivo de descumprimento, nos moldes do art. 7º do Estatuto da Cidade.

Após os cinco anos de majoração da alíquota do IPTU, sem que haja o cumprimento da obrigação de parcelar, edificar ou utilizar, poderá o município desapropriá-lo, mediante pagamento em títulos da dívida pública.

Ocorre que alguns planos municipais, como o da cidade de Juiz de Fora, são demasiadamente genéricos ou deixam as condições de aplicação do instituto do parcelamento, utilização e edificação compulsórios sob a responsabilidade de leis complementares, que nem sempre existem ou são genéricas, vedando a imposição da obrigação.

Neste ponto, faz-se necessário destacar a existência da Resolução nº 34 do Conselho Nacional das Cidades, que recomenda que o plano diretor apresente pelo menos os critérios para caracterizar um imóvel como não edificado, subutilizado e não utilizado; apresente as áreas em que o instrumento urbanístico poderá ser imposto; e determine os prazos para o cumprimento da obrigação.

5 O instituto na legislação de São Paulo e Belo Horizonte

5.1 O instituto em São Paulo

O instrumento urbanístico do parcelamento, uso e edificação compulsórios é abordado na Lei Municipal de São Paulo nº 16.050, principalmente, nos artigos 90 ao 101.⁴

⁴ “Art. 90. O Executivo, na forma da lei, poderá exigir do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado, ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

A princípio, faz-se necessário mencionar que o art. 91⁵ da lei em comento apresenta as áreas passíveis da imposição de parcelar, edificar e utilizar de maneira clara, não deixando margem de dúvidas em relação aos locais cuja imposição poderá ser observada.

Já os artigos 92 a 95 traduzem o que seria um imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado, através de parâmetros objetivos, tornando possível a imposição do instrumento aos proprietários dos imóveis que não estão conferindo o devido aproveitamento à área.

Neste ponto, cabe elucidar que os artigos supracitados dispõem que os lotes e glebas não edificados são caracterizados como aqueles que medem mais de 500m² (quinhentos metros quadrados), porém com o coeficiente de aproveitamento utilizado igual a zero; os subutilizados são aqueles que possuem área maior que 500m² (quinhentos metros quadrados), cujo coeficiente de aproveitamento é inferior que o definido pelos quadros anexos ao Plano; e, por fim, classifica os não utilizados como aqueles cujo coeficiente de aproveitamento usado é igual ou superior ao nível de aproveitamento mínimo definido nos quadros anexos ao Plano, possuindo pelo menos 60% (sessenta por cento) de sua área edificada desocupada por mais de um ano ininterrupto. Confira-se:

-
- I - parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
 - II - Imposto Predial e Territorial Urbano Progressivo no Tempo;
 - III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública. Parágrafo único. (VETADO)”

⁵ “Art. 91. Para aplicação dos instrumentos indutores da função social da propriedade, são consideradas passíveis de aplicação dos instrumentos indutores do uso social da propriedade os imóveis não edificados, subutilizados, ou não utilizados localizados nas seguintes partes do território:

- I - Zonas Especiais de Interesse Social 2, 3 e 5;
- II - no perímetro da Operação Urbana Centro;
- III - áreas de influência dos Eixos de Estruturação da Transformação Urbana;
- IV - nos perímetros e perímetros expandidos das Operações Urbanas Consorciadas;
- V - nos perímetros das Subprefeituras da Sé e da Mooca;
- VI - nas Macroáreas de Urbanização Consolidada e de Qualificação da Urbanização;
- VII - na Macroárea de Redução da Vulnerabilidade Urbana, exclusivamente para glebas ou lotes com área superior a 20.000 m² (vinte mil metros quadrados);
- VIII - em todas as áreas do perímetro urbano, definidas como tal no Mapa 2A, nas quais não incide o IPTU, ressalvadas as áreas efetivamente utilizadas para a exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal ou agroindustrial e as exceções previstas nos arts. 92 e 94.”

Art. 92. São considerados imóveis não edificados os lotes e glebas com área superior a 500m² (quinhentos metros quadrados), com coeficiente de aproveitamento utilizado igual a 0 (zero).

§ 1º As obrigações estabelecidas por esta lei aos proprietários de imóveis caracterizados no “caput” não serão aplicadas enquanto o terreno não tiver acesso à infraestrutura básica, assim definida pela legislação federal de parcelamento do solo urbano, ressalvados os casos em que os equipamentos urbanos ali estabelecidos possam ser exigidos no processo de licenciamento.

§ 2º A tipificação estabelecida no “caput” se estende aos lotes com metragem inferior a 500m² (quinhentos metros quadrados), quando:

- a) originários de desmembramentos aprovados após a publicação desta lei; ou que,
- b) somados a outros contíguos do mesmo proprietário, perfaçam área superior a 500m² (quinhentos metros quadrados).

Art. 93. São considerados imóveis subutilizados os lotes e glebas com área superior a 500m² (quinhentos metros quadrados) que apresentem coeficiente de aproveitamento inferior ao mínimo definido nos Quadros 2 e 2A anexos.

Art. 94. Ficam excluídos das categorias de não edificados ou subutilizados os imóveis que:

I - abriguem atividades que não necessitem de edificação para suas finalidades, com exceção de estacionamento; II - integrem o Sistema Municipal de Áreas Protegidas, Áreas Verdes e Espaços Livres, forem classificados como ZEPAM ou cumpram função ambiental relevante;

III - forem classificados como ZEPEC, tombados, ou que tenham processo de tombamento aberto pelo órgão competente de qualquer ente federativo, ou ainda cujo potencial construtivo tenha sido transferido;

IV - estejam nestas condições devido a impossibilidades jurídicas momentaneamente insanáveis pela simples conduta do proprietário, e apenas enquanto estas perdurarem.

Parágrafo único. As exceções previstas no “caput” serão regulamentadas pelo Poder Executivo, considerando os princípios e objetivos desta lei.

Art. 95. São considerados imóveis não utilizados aqueles com coeficiente de aproveitamento utilizado igual ou superior ao coeficiente de aproveitamento mínimo definido nos Quadros 2 e 2A anexos e que tenham, no mínimo, 60% (sessenta por cento) de sua área construída desocupada por mais de 1 (um) ano ininterrupto.

§ 1º Quando se tratar de edificação constituída por unidades autônomas para fins residenciais ou não residenciais, a não utilização será aferida pela deso-

cupação de pelo menos 60% (sessenta por cento) dentre elas, também pelo prazo de 1 (um) ano.

§ 2º A desocupação dos imóveis poderá ser comprovada, por meio de consulta às concessionárias, pela não utilização ou pela interrupção do fornecimento de serviços essenciais como água, luz e gás.

§ 3º A classificação do imóvel como não utilizado poderá ser suspensa devido a impossibilidades jurídicas momentaneamente insanáveis pela simples conduta do proprietário, e apenas enquanto estas perdurarem, conforme regulamentação do Poder Executivo.

O artigo 96⁶ da lei em questão trata dos prazos para o cumprimento da obrigação, fixando o lapso temporal máximo conferido ao proprietário para que este realize as adequações necessárias no imóvel.

⁶ “Art. 96. Os imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados são sujeitos ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios.

§ 1º Os proprietários dos imóveis não parcelados, não edificados ou subutilizados deverão ser notificados pela Prefeitura e terão prazo máximo de 1 (um) ano a partir do recebimento da notificação para protocolar, junto ao órgão competente, pedido de aprovação e execução de projeto de parcelamento ou edificação desses imóveis, conforme o caso.

§ 2º Os proprietários dos imóveis notificados nos termos do parágrafo anterior deverão iniciar a execução do parcelamento ou edificação desses imóveis no prazo máximo de 2 (dois) anos a contar da expedição do alvará de execução do projeto, cabendo aos proprietários a comunicação à administração pública.

§ 3º Os proprietários dos imóveis não utilizados deverão ser notificados pela Prefeitura e terão prazo máximo de 1 (um) ano, a contar do recebimento da notificação, para ocupá-los, cabendo aos proprietários a comunicação à administração pública.

§ 4º Caso o proprietário alegue como impossibilidade jurídica a inviabilidade de ocupação do imóvel não utilizado em razão de normas edilícias, o Executivo poderá conceder prazo de 1 (um) ano, a partir da notificação, exclusivamente para promover a regularização da edificação se possível, nos termos da legislação vigente, ou a sua demolição, fluindo a partir de então prazo igual para apresentação de projeto de nova edificação ou documentação relativa à regularização do imóvel.

§ 5º O proprietário terá o prazo de até 5 (cinco) anos, a partir do início das obras previstas no § 2º, para comunicar a conclusão do parcelamento do solo, ou da edificação do imóvel, ou da primeira etapa de conclusão de obras no caso de empreendimentos de grande porte.

§ 6º Os prazos previstos neste artigo serão contados em dobro quando o proprietário notificado for cooperativa habitacional ou associação sem fins lucrativos.

§ 7º No setor Orla Ferroviária e Fluvial da Macroárea de Estruturação Metropolitana, a notificação se dará a partir da aprovação da lei específica de reordenamento territorial da região ou do setor onde esteja inserido o imóvel em questão.

Já o art. 97 do referido plano aborda a notificação ao proprietário do imóvel, objeto da imposição de parcelar, edificar e utilizar, sendo a redação deste praticamente idêntica à prevista no Estatuto da Cidade.

Por fim, e não menos importantes, os arts. 100 e 101 tratam do mecanismo de fiscalização do cumprimento da imposição em questão, uma vez que dispõem sobre a listagem dos imóveis que não estão sendo aproveitados devidamente.

Segundo os dispositivos legais mencionados, os imóveis cuja obrigação for imposta estarão relatados em uma listagem de acesso público para que a própria população possa fiscalizar se os proprietários, bem como o poder público, estão tomando as medidas necessárias para que o bem cumpra a sua função social.

Além disso, os próprios munícipes podem indicar os imóveis que não estão em consonância com a política de parcelamento, uso e edificação do solo, para que o poder público, caso entenda necessário, notifique o proprietário e imponha que este confira ao bem adequada destinação. Verifica-se:

Art. 100. Será disponibilizada ao público para consulta a listagem dos imóveis cujos proprietários foram notificados em virtude do descumprimento da função social da propriedade, na Secretaria Municipal de Desenvolvimento Urbano e nas Subprefeituras, bem como em portal eletrônico oficial do Executivo.

§ 1º Uma primeira versão da listagem prevista no “caput” deste artigo deverá ser publicada pelo Executivo no prazo de 6 (seis) meses, contado a partir da promulgação desta lei.

§ 2º O imóvel permanecerá na listagem até que o proprietário promova seu parcelamento, edificação ou utilização, conforme o caso, ou imissão na posse pelo Poder Público.

§ 3º Na listagem deverão constar, no mínimo, as seguintes informações:

I - número do Setor – Quadra - Lote;

II - endereço do imóvel;

III - data da notificação prevista no art. 97;

IV - identificação do instrumento para cumprimento da função social aplicado no momento;

§ 8º Nas glebas ou lotes com área superior a 20.000m² (vinte mil metros quadrados) localizados na Macroárea de Redução da Vulnerabilidade Urbana, mencionados no inciso VII do art. 91, a notificação deverá se referir exclusivamente ao parcelamento compulsório.

§ 9º A transmissão do imóvel, por ato “intervivos” ou “causa mortis”, posterior à data da notificação prevista nos §§ 1º e 3º, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização sem interrupção de quaisquer prazos.”

V - data de início da aplicação do respectivo instrumento;

VI - data de protocolo, junto ao órgão competente, do pedido de aprovação e execução de projeto de parcelamento ou edificação desses imóveis, se o caso;

VII - data da expedição do alvará de execução do projeto, se o caso;

VIII - data da comunicação da ocupação do imóvel, se o caso;

IX - data da comunicação da conclusão do parcelamento do solo, ou da edificação do imóvel ou da primeira etapa de conclusão de obras na hipótese de empreendimentos de grande porte, se o caso.

§ 4º Caso o proprietário informe a observância do previsto nos incisos V, VI, VII e VIII do § 4º, a Prefeitura terá o prazo de 2 (dois) meses a partir do recebimento da informação pelo órgão competente para verificar o efetivo parcelamento, edificação ou utilização do imóvel e proceder a sua exclusão da listagem.

§ 5º Caso o imóvel se encontre na fase de aplicação de IPTU Progressivo no Tempo, a listagem também deverá conter:

I - data da primeira aplicação de alíquota progressiva, com a respectiva alíquota;

II - valor da alíquota de cada ano subsequente.

§ 6º Caso o imóvel encontre-se na fase de aplicação de desapropriação mediante pagamento da dívida pública, a listagem também deverá conter:

I - data da publicação do respectivo decreto de desapropriação do imóvel;

II - data de propositura de ação de desapropriação;

III - data da efetiva imissão na posse;

IV - destinação do imóvel;

V - justificativa da ausência de interesse na aquisição do imóvel.

§ 7º Tão logo decorram os prazos previstos nos arts. 96 e 98 sem que o proprietário cumpra as obrigações neles estabelecidas, a Prefeitura deverá atualizar as informações presentes na listagem.

Art. 101. Para elaboração da listagem de que trata o art. 100, a Prefeitura poderá:

I - realizar levantamento para identificar os imóveis que se caracterizem como não edificados, subutilizados ou não utilizados;

II - analisar indicações de imóveis e áreas feitas por pessoas físicas e jurídicas.

Parágrafo único. (VETADO) O Poder Executivo poderá escalonar, com aprovação do Conselho Municipal de Habitação, em etapas, o procedimento de notificação, incluindo obrigatoriamente terrenos localizados em ZEIS 2, 3 e 5 e nos Eixos de Estruturação, dando publicidade aos critérios de escalonamento que considerem os princípios e objetivos que regem a aplicação desta lei.

Diante da previsão do art. 101, a prefeitura de São Paulo criou uma plataforma colaborativa em que o cidadão pode se cadastrar e enviar os dados das áreas que não estão sendo utilizadas conforme os moldes estabelecidos pelo Plano Diretor.

A prefeitura, ao receber as informações, irá verificá-las, e, caso sejam verídicas, o imóvel será cadastrado. A partir de então, o imóvel será demarcado no mapa existente na plataforma, possibilitando o acompanhamento das medidas tomadas pelo município.

Frisa-se que ainda ocorrerá uma análise acerca do cabimento da imposição de parcelar, edificar ou utilizar, que pode ser acompanhada pelos cidadãos através da plataforma digital desde o momento da demarcação do bem.

Caso o imóvel demarcado seja realmente notificado pelo órgão municipal, haverá a sua inclusão em outra plataforma, chamada de "Geosampa".

Assim sendo, resta claro que o instrumento do parcelamento, uso e edificação compulsórios neste plano diretor tem capacidade de ser aplicável, uma vez que independe de outras leis, além de possuir formas pioneiras de fiscalização, como a plataforma digital supramencionada.

5.2 O instituto no Plano Diretor de Belo Horizonte

No Plano Diretor do município de Belo Horizonte, Lei nº 7.165, o instrumento do parcelamento, utilização e edificação compulsórios aparece nos artigos 74-B a 74-E.

Verifica-se que os arts. 74-C⁷ e 74-E⁸ delimitam as áreas de aplicação do instituto, bem como as vedações à sua imposição, possibilitando a identificação das zonas em que o ônus poderá ser imposto.

⁷ "Art. 74-C. A aplicação dos instrumentos previstos no caput do art. 74-B desta Lei é válida em todo o território do Município, exceto nas ZPAMs, ZPs-1 e ZPs-2.

Parágrafo Único. A aplicação, nas ZARs, dos instrumentos previstos no caput do art. 74-B desta Lei deverá observar as características da área relativas à capacidade da infraestrutura, e aos aspectos ambientais e de sistema viário, nos termos do regulamento. (Redação acrescida pela Lei nº 9959/2010)."

⁸ "Art. 74-E. A incidência do instrumento de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios fica vedada no caso de:

I - gleba ou lote onde haja impossibilidade técnica de implantação de infraestrutura de saneamento e de energia elétrica;

II - gleba ou lote com impedimento de ordem legal ou ambiental;

III - gleba que não tenha acesso por logradouro pavimentado e pertencente a parcelamento aprovado. (Redação acrescida pela Lei nº 9959/2010)."

No art. 74-D⁹ da Lei n° 7.165, são apresentados parâmetros objetivos para que se possa caracterizar um imóvel como não utilizado e subutilizado, incluindo na categoria dos não utilizados aqueles que não foram edificados, o que viabiliza a identificação dos bens sujeitos à imposição de parcelar, utilizar e edificar.

Comparando tal artigo com o art. 95 do Plano Diretor de São Paulo constata-se que o prazo para caracterização de um imóvel como não utilizado é mais rígido neste, uma vez que é necessária a verificação do não uso a partir de um ano, enquanto no da capital mineira tal prazo é de no mínimo cinco anos. Tal rigidez deve ser vista de forma positiva, uma vez que amplia as possibilidades de imposição do instrumento e inibe a existência de regiões vazias.

Diferentemente do Plano de São Paulo, não há no de Belo Horizonte os prazos para o cumprimento da obrigação nem as formas de notificação, devendo ser aplicado o art. 5º, §§ 3º e 4º do Estatuto da Cidade.

Cabe mencionar que existem dois projetos de lei tramitando na câmara de Belo Horizonte acerca da temática aqui abordada, quais sejam o PL 1.749, que corresponde ao plano diretor, e o PL 1.750, que trata das ferramentas de política urbana apresentadas no projeto de plano diretor.

A imposição de parcelar, edificar e utilizar é abordada no PL 1.749, a partir do seu art. 8º¹⁰, podendo o instrumento ser

⁹ “Art. 74-D. Para os efeitos desta Seção, considera-se:

I - imóvel não utilizado:

- a) gleba não parcelada e o lote não edificado;
- b) edificação que esteja abandonada ou sem uso comprovado há mais de 5 (cinco) anos;
- c) a edificação caracterizada como obra paralisada, entendida como aquela que não apresente Alvará de Construção em vigor e não possua Certidão de Baixa de Construção;

II - imóvel subutilizado: o lote com área total edificada inferior ao aproveitamento mínimo deste, definido pela fórmula “Área do lote x Coeficiente de Aproveitamento Básico x 0,15”.

Parágrafo Único. Não serão considerados subutilizados os lotes ocupados por uso não residencial com área total edificada inferior ao definido no inciso II do caput deste artigo, desde que a atividade exercida no local faça uso de toda a área não construída existente. (Redação acrescida pela Lei n° 9959/2010).”

¹⁰ “Art. 8º. O Executivo pode determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, observadas a capacidade de suporte e as diretrizes da política urbana das diferentes porções do território municipal, visando ao cumprimento da função social.

aplicado nos locais ali apontados. Destaca-se que tal artigo é bem parecido com os artigos 74-C e 74-E do plano em vigência, porém o PL 1.750, em seu art. 2º¹¹, complementa o art. 8º, trazendo as áreas prioritárias de aplicação da imposição.

A definição como imóvel subutilizado e não utilizado, incluindo nessa categoria os não edificados, é apresentada nos artigos 9º¹² e 10º¹³ do projeto de lei, sendo mais esmiuçada do

§ 1º - Fica autorizada a aplicação dos instrumentos de que trata o *caput* deste artigo em todo o território do Município, observados os requisitos para sua instituição constantes da legislação federal, bem como o que dispuser lei específica que os regulamente.

§ 2º - Excetuam-se do disposto no § 1º deste artigo as áreas para as quais não há previsão de coeficiente de aproveitamento mínimo - C_{Amin}, nas quais somente poderá se exigir a utilização compulsória de edificações existentes, vedadas as demais hipóteses de aproveitamento impositivo dos referidos inseridos em tais áreas.

§ 3º - O instrumento do parcelamento, edificação ou utilização compulsórios não será aplicado:

I - à gleba ou ao lote no qual haja impossibilidade técnica de implantação de infraestrutura de saneamento e de energia elétrica;

II - à gleba ou ao lote com impedimento de ordem ambiental à sua ocupação ou utilização;

III - à gleba que não tenha acesso por sistema de circulação implantado;

IV - a outros casos previstos em legislação específica.”

¹¹ “Art. 2º. O parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, não utilizado ou subutilizado, poderá ser determinado pelo Executivo, respeitado o Plano Diretor do Município e observadas a capacidade de suporte e as diretrizes da política urbana, as potencialidades e as características das diferentes porções do território municipal.

§ 1º - A aplicação dos instrumentos previstos no *caput* deste artigo é admitida em todo o território municipal, sendo prioritária para as seguintes porções territoriais:

I - áreas especiais de interesse social - A_{eis}-1;

II - áreas classificadas com categorias de estruturação urbana de ocupação preferencial;

III - áreas classificadas com categoria complementar de centralidade regional e intermediária não demarcadas como áreas de operação urbana consorciada;

IV - áreas classificadas com as categorias complementares de área de grandes equipamentos econômicos - A_{gee}.

§ 2º - São prioridade para aplicação de instrumentos de utilização compulsória os imóveis localizados na Área Central e em terrenos limítrofes a eixos de transporte coletivo.

§ 3º - O Executivo deverá dar publicidade aos atos relativos à aplicação do parcelamento, da edificação e da utilização compulsórios.”

¹² “Art. 9º. Para os efeitos desta Lei, considera-se imóvel subutilizado:

I - aquele cujo potencial construtivo praticado seja inferior à multiplicação da área do terreno pelo C_{Amin};

que aquela apresentada no atual plano. Além disso, neste é reduzido o extenso prazo de cinco anos para caracterização de um imóvel como não utilizado, fixando-o em dois anos.

Observa-se que o PL 1.749 não trata a respeito da forma de notificação do proprietário para cumprir a obrigação nem dos prazos para o seu cumprimento, sendo estes apresentados nos art. 3^o¹⁴ e 4^o¹⁵ do PL 1.750.

II - o imóvel inserido na categoria de estruturação urbana Ocupação Preferencial3 - OP-3 - que, utilizado como estacionamento de veículos, não atenda a, pelo menos, uma das seguintes condições:

a) constitua edifício-garagem com área edificada igual ou superior à multiplicação do coeficiente de aproveitamento básico - CABas - pela área do terreno;

b) esteja associado a uma ou mais atividades com área utilizada igual ou superior àquela ocupada pela atividade de estacionamento.

§ 1^o - Não se considera subutilizado o terreno que abrigue uso não residencial com área líquida edificada inferior ao definido no inciso I do *caput* deste artigo, desde que a área não ocupada do terreno seja essencial ao exercício da atividade.

§ 2^o - Aos imóveis identificados no inciso II do *caput* deste artigo, aplicam-se os parâmetros urbanísticos previstos no item 1 da tabela 37. A do Anexo XV desta Lei.

§ 3^o - Contra o ato administrativo que declarar imóvel como subutilizado caberá recurso ao Conselho Municipal de Política Urbana - Compur."

¹³ "Art. 10^o. Para os efeitos desta Lei, considera-se imóvel não utilizado:

I - a gleba não parcelada e o lote não edificado;

II - o imóvel abandonado, nos termos do art. 1.276 do Código Civil;

III - o imóvel edificado sem uso comprovado há mais de 2 (dois) anos;

IV - o imóvel inserido em edificação caracterizada como obra paralisada, entendida como aquela que não apresente alvará de construção em vigor e não possua certidão integral de baixa de construção.

§ 1^o - Regulamento disporá sobre os critérios para enquadramento de imóveis no disposto no inciso III do *caput* deste artigo, visando a coibir a retenção especulativa dos mesmos.

§ 2^o - Contra o ato administrativo que declarar imóvel como não utilizado caberá recurso ao Conselho Municipal de Política Urbana - Compur."

¹⁴ "Art. 3^o. O Executivo notificará o proprietário do imóvel para parcelar, edificar ou utilizar o imóvel, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 1^o - A notificação far-se-á:

I - por funcionário do órgão competente do Executivo, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II - por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista no inciso I deste parágrafo.

§ 2^o - Uma vez promovido, pelo proprietário, o adequado aproveitamento do imóvel em conformidade com o disposto na legislação municipal, caberá ao Executivo efetuar o cancelamento da averbação prevista no *caput* deste artigo."

Os prazos fixados no art. 4º do projeto supramencionado, além de impor limite temporal para que o proprietário cumpra a obrigação, delimita prazo para que o poder público aprove o projeto apresentado, proporcionando a garantia do interesse público, que muitas vezes é maculado por vontades díspares.

6 O instituto em questão na legislação de Juiz de Fora

O instrumento urbanístico do parcelamento e edificação compulsórios está previsto no Plano Diretor de Juiz de Fora, Lei nº 9.811, em seu art. 49. Observa-se:

Art. 49. O Parcelamento e Edificação Compulsórios de imóveis urbanos, previstos no Art. 182, § 4º, da

¹⁵ “Art. 4º. A partir do recebimento ou da publicação da notificação para parcelar, edificar ou utilizar o imóvel, o proprietário observará os seguintes prazos e condições:

I - 2 (dois) anos, contados do recebimento ou da publicação da notificação para parcelar, para aprovação do projeto de parcelamento do solo segundo as regras definidas no Plano Diretor do Município;

II - 1 (um) ano, contado do recebimento ou da publicação da notificação para edificar, para aprovação do projeto de edificação segundo as regras definidas no Plano Diretor do Município;

III - 2 (dois) anos, contados da emissão do alvará de urbanização ou de construção, para início das obras do empreendimento;

IV - 4 (quatro) anos, contados da emissão do alvará de urbanização ou de construção, para a conclusão das obras, seguida da obtenção da certidão de origem ou da certidão de baixa de construção;

V - 6 (seis) meses, contados do recebimento ou da publicação da notificação para utilização do imóvel ou da emissão da certidão de baixa de construção para efetivar a utilização da edificação, cabendo ao proprietário a comprovação perante o Executivo.

§ 1º - O protocolo do projeto de parcelamento ou de edificação suspende o curso dos prazos de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo, respectivamente, e, o que lhe sobejar, recomeçará a correr do primeiro dia útil seguinte ao seu indeferimento, se for o caso.

§ 2º - Os prazos de que tratam este artigo serão contados excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.

§ 3º - A transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou causa mortis, posterior à data do recebimento ou da publicação da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização, sem interrupção de quaisquer prazos.

§ 4º - Na hipótese do imóvel considerado subutilizado ou não utilizado apresentar situação de descumprimento de critérios de salubridade, habitabilidade ou segurança que os impeça do cumprimento do disposto no inciso V deste artigo, será concedido ao proprietário do imóvel:

I - 6 (seis) meses para apresentação de projeto de regularização do edifício;
II - 1 (um) ano para adequação da edificação aos critérios da legislação vigente.”

Constituição Federal, serão feitos em seguida à aplicação do imposto territorial e/ou predial progressivo, culminando com a desapropriação mediante pagamento em títulos da dívida pública.

§ 1º O instrumento é aplicável nas áreas dotadas de infraestrutura de saneamento básico definidas por este PDDU, por um Plano Local de Urbanificação ou por um Projeto Geral de Urbanificação como área de especial interesse social ou que, no zoneamento ambiental, seja considerada área urbanizada ou de consolidação da urbanização.

§ 2º Os prazos aplicáveis à imposição do instrumento serão definidos por Lei Municipal, dentro do prazo máximo de 01 (um) ano a partir da publicação desta Lei.

Conforme se verifica, a redação do artigo supracitado é omissa em relação à utilização compulsória, tendo em vista que somente dispõe sobre a edificação e o parcelamento.

Somado a isso, a aplicação do instituto é dependente de leis municipais que sequer foram criadas, o que torna o instrumento inaplicável, ou seja, ineficaz.

Frisa-se que o fracasso do plano é reconhecido pelo próprio poder público, como se retira da descrição apresentada no site da prefeitura. Verifica-se:

O Plano Diretor programou a elaboração de Planos Locais de Urbanificação – PLUs, elementos essenciais para a plena aplicação dos instrumentos de intervenção urbana previstos. Infelizmente, os PLUs não foram desenvolvidos, impossibilitando a adequação da legislação urbanística, em vigência desde 1986, aos propósitos do PDDU.

Além disso, a ordem de aplicação do instituto é contrária àquela prevista no Estatuto da Cidade, pois a lei municipal prevê a aplicação do instrumento posteriormente à majoração da alíquota do IPTU, sendo que o Estatuto determina a aplicação do parcelamento, edificação e utilização a princípio, majorando a alíquota do imposto somente em caso de descumprimento da obrigação.

Mister esclarecer que a divergência entre a ordem de aplicação da imposição poderia ter se dado pelo fato de a Lei nº 9.811 ser anterior ao Estatuto da Cidade, porém o art. 182¹⁶ da Constituição Federal já existia quando a lei municipal foi criada, e os seus incisos nos apresentam claramente a ordem de aplica-

¹⁶ Vide referência 1.

ção da imposição, razão pela qual não há justificativa para o equívoco.

Portanto, é evidente que a legislação vigente no município de Juiz de Fora acerca do instrumento em estudo é completamente deficitária, sendo impossível que o poder público imponha a obrigação de parcelar, edificar e utilizar compulsoriamente tendo por base somente o artigo mencionado.

Diante da evidente ineficácia do Plano Diretor de Juiz de Fora, *in casu*, do instrumento do parcelamento, uso e edificação compulsórios, bem como da necessidade de atualizar a lei, na medida em que esta possui mais de dez anos, se iniciou, no ano de 2013, o processo de revisão do Plano Diretor de Juiz de Fora.

O anteprojeto do Plano prevê a aplicação do instrumento urbanístico em foco no seu Capítulo II, confira-se:

CAPÍTULO II DO PARCELAMENTO, EDIFICAÇÃO OU UTILIZAÇÃO COMPULSÓRIOS

Art. 135. Em cumprimento à função social da propriedade, o Município poderá exigir que o proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado promova seu adequado aproveitamento, sob pena de aplicar sucessivamente os mecanismos previstos no Estatuto da Cidade, de:

- I - parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;
- II - imposto Predial e Territorial Urbano progressivo no tempo;
- III - desapropriação, com pagamento mediante títulos da dívida pública.

Art. 136. São passíveis de aplicação dos instrumentos previstos no art. 135 os imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados situados na Macroárea de Requalificação, Consolidação e Expansão Urbana - MA1.

Parágrafo único. Os Planos Regionais de Estruturação Urbana indicarão as zonas em que os instrumentos referidos no caput serão aplicados.

Art. 137. Lei municipal específica, com base nesta Lei Complementar, estabelecerá:

- I - critérios diferenciados de classificação dos imóveis como não edificados, subutilizados e não utilizados;
- II - definição das etapas de aplicação deste instrumento considerando, dentre outros critérios, a localização, proximidade de infraestrutura implantada e a dimensão dos lotes.

§ 1º. Caberá ao Órgão de Planejamento Urbano identificar os imóveis que se caracterizam como não edificados, subutilizados e não utilizados.

§ 2º. A não ocupação dos imóveis poderá ser comprovada, por meio de consulta às concessionárias, pela não utilização ou pela interrupção do fornecimento de serviços essenciais como água e luz.

§ 3º. A classificação do imóvel como não utilizado poderá ser suspensa devido a impossibilidades jurídicas momentaneamente insanáveis pela simples conduta do proprietário, e apenas enquanto estas perdurarem, conforme regulamentação do Poder Executivo.

§ 4º. A lei municipal específica, tratada no caput deste artigo, definirá os prazos para aplicação dos instrumentos previstos no art. 135, e que não poderão ser inferiores a:

I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º. Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

Art.138. No procedimento visando à aplicação dos instrumentos previstos no art. 135, o proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 1º. A notificação far-se-á:

I - por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II - por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inc. I.

§ 2º A transmissão do imóvel, por ato inter vivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização sem interrupção de quaisquer prazos.

Art.139. O Poder Público Municipal poderá realizar consórcio imobiliário conforme previsto no Estatuto da Cidade para viabilizar financeiramente o aproveitamento de imóveis que estejam sujeitos ao parcelamento, edificação e utilização compulsórios.

Apesar de a abordagem do instrumento estudado parecer mais completa no anteprojeto do que na Lei 9.811, aquele, até o presente momento, não passa de uma mera compilação do Estatuto da Cidade e da Constituição Federal, bastando uma comparação entre os artigos supracitados, com a redação dos

arts. 5º e 6º da Lei 10.257 e do § 4º do art. 182 da nossa Carta Magna. Observa-se:

Art. 5º. Lei municipal específica para área incluída no plano diretor poderá determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação.

§ 1º Considera-se subutilizado o imóvel:

I – cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor ou em legislação dele decorrente;

II – (VETADO)

§ 2º O proprietário será notificado pelo Poder Executivo municipal para o cumprimento da obrigação, devendo a notificação ser averbada no cartório de registro de imóveis.

§ 3º A notificação far-se-á:

I – por funcionário do órgão competente do Poder Público municipal, ao proprietário do imóvel ou, no caso de este ser pessoa jurídica, a quem tenha poderes de gerência geral ou administração;

II – por edital quando frustrada, por três vezes, a tentativa de notificação na forma prevista pelo inciso I.

§ 4º Os prazos a que se refere o caput não poderão ser inferiores a:

I - um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente;

II - dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento.

§ 5º Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

Art. 6º A transmissão do imóvel, por ato intervivos ou causa mortis, posterior à data da notificação, transfere as obrigações de parcelamento, edificação ou utilização previstas no art. 5º desta Lei, sem interrupção de quaisquer prazos.

Art. 182. [...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

A proposta preliminar de plano diretor, no art. 136, dispõe que os imóveis não edificados, subutilizados ou não utilizados situados na macroárea de requalificação, consolidação e expansão urbana serão passíveis de aplicação dos mecanismos previstos no art. 135 do referido anteprojeto. Porém, apesar de prever qual área será passível da imposição em comento, o seu parágrafo único deixa sob a responsabilidade dos Planos Regionais de Estruturação Urbana, que ainda não existem, a delimitação exata das zonas em que a obrigação poderá ser imposta, tornando o anteprojeto dependente dos PREU (Planos Regionais de Estruturação Urbana), ou seja, sem aplicabilidade imediata.

Tal dependência também é observada no art. 137 do pré-projeto, uma vez que os critérios de classificação dos imóveis como não edificados, subutilizados e não utilizados, da mesma forma que as etapas de aplicação do instrumento, não são apresentados sob a alegação de que serão tratados por lei específica.

É evidente que não há como impor a obrigação em tela sem que o município fixe o valor do coeficiente mínimo de aproveitamento dos imóveis, pois este é essencial para a aferição do devido aproveitamento e, conseqüentemente, para que o poder público determine o cumprimento das diretrizes de ocupação do solo.

Em consulta às propostas de alterações ao anteprojeto foi encontrada a seguinte sugestão no que tange ao art. 137:

Art. 137. Lei municipal específica, com base nesta Lei Complementar, estabelecerá:

I. critérios diferenciados de classificação dos imóveis como não edificados, subutilizados e não utilizados;

II. definição das etapas e prazos de aplicação deste instrumento considerando, dentre outros critérios, a localização, proximidade de infraestrutura implantada e a dimensão dos lotes.

§ 1º. O executivo Municipal deverá apresentar a proposta de lei de que trata o caput do artigo, no prazo máximo de 90 dias (noventa dias), contados a partir da promulgação da lei do Plano Diretor Participativo;

§ 2º. Caberá ao Órgão de Planejamento Urbano identificar os imóveis que se caracterizam como não edificados, subutilizados e não utilizados.

§ 3º. A lista dos imóveis não edificados, subutilizados e não utilizados localizados na Macrozona de Consolida-

dação e Qualificação Urbana - MZO deve ser apresentada, na forma de lei, no prazo máximo de 120 dias (cento e vinte dias), contados a partir da promulgação da lei do Plano Diretor Participativo;

§ 4º. O Executivo Municipal deverá notificar os proprietários de todos os imóveis alvo da aplicação da lei de que trata o caput do artigo, para que deem a devida destinação, nos termos desta Lei.

§ 5º Em empreendimentos de grande porte, em caráter excepcional, a lei municipal específica a que se refere o caput poderá prever a conclusão em etapas, assegurando-se que o projeto aprovado compreenda o empreendimento como um todo.

A alteração apresentada visa estabelecer prazos, tanto para que seja criada a lei específica que trataria dos critérios de classificação dos imóveis e das etapas de aplicação do instrumento como para a apresentação dos bens passíveis da imposição em questão.

Ocorre que em relação aos prazos para o cumprimento da imposição não houve qualquer proposta de alteração, mantendo o texto idêntico ao do Estatuto da Cidade, ou seja, sem prazo máximo.

A existência de prazos para a criação da legislação que será aplicável destina-se a impedir que o município simplesmente deixe de criá-la, como ocorreu com o plano ainda vigente, porém não é suficiente para conferir a tão sonhada eficácia.

Ainda sobre a proposta de mudança do pré-projeto citado, importante salientar que esta não apresenta solução em relação à definição do aproveitamento mínimo do imóvel para que este não sofra a imposição de edificar, usar ou parcelar compulsoriamente, transferindo tal função para lei específica inexistente.

Logo, apesar de existir essa proposta de mudança, pode-se concluir que se a lei for promulgada da forma em que se encontra, entenda-se mera reprodução de legislação já existente, sem qualquer adaptação, ou mesmo que seja acatada tal alteração, pelo menos em relação ao instrumento em análise, ela continuará sendo genérica, subjetiva e dependente, e, conseqüentemente, isenta de eficácia.

7 A comparação do instituto do parcelamento, edificação e utilização compulsórios nas legislações de Juiz de Fora, Belo Horizonte e São Paulo

Da análise dos artigos supramencionados observa-se que o instrumento em questão é tratado de forma bem mais objetiva

nos planos diretores de São Paulo e Belo Horizonte do que na legislação de Juiz de Fora.

Verifica-se, ainda, que todas as respostas sobre o modo de aplicação do instrumento são apresentadas no plano da capital paulista. Além de este apresentar métodos de fiscalização do cumprimento da função social, uma vez que há uma plataforma digital que permite a denúncia ao poder público dos imóveis que não estão em consonância com a política de uso e ocupação do solo, também permite a fiscalização das medidas que o órgão municipal tomou após ser informado.

Neste ponto, imperioso mencionar que o plano de Juiz de Fora, ao revés do que prevê o de São Paulo, deixa sob a responsabilidade do Órgão de Planejamento Urbano a identificação dos imóveis que se caracterizam como não edificadas, subutilizadas e não utilizadas, sendo que a ajuda da população neste processo seria de extrema importância.

O Plano de São Paulo, bem como a legislação de Belo Horizonte, delimita, claramente, quais são as áreas passíveis de aplicação da imposição de edificar, parcelar e utilizar, enquanto o de Juiz de Fora, assim como o projeto de lei que visa a sua atualização, dispõe que tais áreas serão delimitadas por legislação específica.

Frisa-se que não há problema no fato de uma lei específica tratar sobre quais áreas são vulneráveis ao instrumento. O problema está no fato de essa lei não ser criada, como no caso do plano vigente em Juiz de Fora, cerceando a aplicação do instrumento, ou ser criada sem ser discutida, objetivando interesses escusos aos da população, uma vez não foi debatida no momento de elaboração do plano diretor, que é uma ótima oportunidade para a constatação dos anseios populares.

Mais um erro do Plano Diretor de Juiz de Fora e do projeto de lei que visa a sua atualização é a inexistência de prazos máximos para o cumprimento da imposição em estudo, o que não se verifica no plano de São Paulo e no PL 1.749.

Além disso, a falta de parâmetros para caracterizar um imóvel como não utilizado, subutilizado e não edificado, o que se constata em Juiz de Fora, implica na impossibilidade de se impor a obrigação.

Portanto, ao analisar a legislação das cidades paradigmas, constata-se que em Juiz de Fora o poder público carece de respaldo legal para impor ao proprietário de um imóvel o parcelamento, uso e edificação, uma vez que apesar de haver previsão legal para isso, nos moldes atuais, a lei é ineficaz.

Conclusão

O plano diretor é uma ferramenta de orientação do ordenamento e desenvolvimento dos municípios, prevista constitucionalmente e disciplinada no Estatuto das Cidades, capaz de fazer com que a propriedade cumpra a sua função social mediante a aplicação dos instrumentos urbanísticos ali disciplinados, como o parcelamento, utilização e edificação compulsórios.

Porém, somente a previsão legal do instrumento não é suficiente, na medida em que é crucial que o plano possua eficácia, ou seja, consiga atingir o fim para o qual foi criado, sendo capaz de ser exigível, aplicável e executável.

Restou claro, após as considerações feitas, que o instrumento em estudo na legislação urbanística da cidade de Juiz de Fora é isento de eficácia, tanto no plano vigente como no projeto de lei que visa a sua atualização.

A disposição do instrumento no plano vigente não trata da utilização compulsória, dispondo somente acerca da edificação e do parcelamento compulsórios. Além disso, a aplicação do instituto depende de lei complementar que nunca foi criada, tornando impossível a aplicação da imposição.

Em relação ao projeto de lei, a ineficácia perdura até o presente momento pelo fato de este ser majoritariamente uma compilação do Estatuto da Cidade e da Constituição Federal; por deixar a delimitação das zonas em que a obrigação será imposta sob a responsabilidade de lei ainda não elaborada; por não trazer critérios de classificação acerca do que seria um imóvel não edificado, subutilizado e não utilizado; e por não apresentar o prazo máximo para o cumprimento da imposição.

Portanto, para que o instrumento possa ser aplicado no município de Juiz de Fora, a legislação urbanística deste deveria utilizar como paradigma a de São Paulo, obviamente respeitando as particularidades da cidade mineira.

Cabe esclarecer que disposição legal do instrumento em estudo na cidade de Belo Horizonte, até o presente momento, é deficitária, porém o projeto de lei que visa a sua atualização é bem completo e, ao que tudo indica, irá conseguir atingir os fins para os quais a lei foi criada, sendo também um ótimo exemplo de legislação a ser seguida.

Referências

BELO HORIZONTE. **Lei nº 7.165, de 27 de agosto de 1996**. Institui o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte. Disponível em: <<https://cm-belo-horizonte.jusbrasil.com.br/legislacao/237742/lei-7165-96>>. Acesso em: 10 maio 2017.

BELO HORIZONTE. **Projeto de Lei nº 1.749, de 22 de setembro de 2015**. Aprova o Plano Diretor do Município de Belo Horizonte e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-proposicoes/projeto-de-lei/1749/2015>>. Acesso em: 10 julho 2017.

BELO HORIZONTE. **Projeto de Lei nº 1.750, de 22 de setembro de 2015**. Regulamenta a aplicação dos instrumentos de política urbana no Município de Belo Horizonte. Disponível em: <<https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-proposicoes/projeto-de-lei/1749/2015>>. Acesso em: 10 julho 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 05 maio 2017.

CONSELHO NACIONAL DAS CIDADES. **Resolução nº 34, de julho de 2005**. Disponível em: <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resolucoes/resolucao-34-2005_alterada.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2017.

GEOSAMPA. **Mapa digital da cidade de São Paulo**. Disponível em: <http://geosampa.prefeitura.sp.gov.br/PaginasPublicas/_SBC.aspx>. Acesso em: 09 maio 2017.

GESTÃO URBANA SP. **Mapa Colaborativo da Função Social da Propriedade**. Disponível em: <<http://mapacolaborativo.gestaourbana.prefeitura.sp.gov.br/funcao-social/>>. Acesso em: 10 maio 2017.

JUIZ DE FORA. **Lei nº 9.811, de 27 de junho de 2000**. Institui o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano de Juiz de Fora. Disponível em: <http://www.jflegis.pjf.mg.gov.br/c_norma.php?chave=0000023630>. Acesso em: 10 jul. 2017.

JUIZ DE FORA. **Plano Diretor – O PDDU 2000**. Disponível em: <http://www.planodiretorparticipativo.pjf.mg.gov.br/plano_diretor/o_pddu_2000.php>. Acesso em: 10 jul. 2017.

JUIZ DE FORA. **Projeto de Lei Complementar**. Dispõe sobre a Política de Desenvolvimento Urbano e Territorial, o Sistema Municipal de Planejamento do Território e a revisão do PDP/JF de Juiz

de Fora conforme o disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planodiretorparticipativo.pjf.mg.gov.br/mensagem_plano_diretor_participativo.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2017.

LEVIN, Alexandre. **Parcelamento, Utilização e Edificação Compulsórios de Imóveis Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (6. Câmara Cível)**. Apelação Cível nº 1.0024.11.269292-6/001. Apelante: Hotel Califórnia LTDA. Apelado: Município de Belo Horizonte. Relatora: Des.^a Selma Marques, Belo Horizonte, julgamento em 29/04/2014, publicação em 13/05/2014. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.269292-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>> Acesso em: 17 jun. 2014.

PIRES, Lilian Regina Gabriel Moreira. **Função social da propriedade urbana e o plano diretor**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO PJF. **Plano Diretor – O PDDU 2000**. Disponível em: <http://www.planodiretorparticipativo.pjf.mg.gov.br/plano_diretor/o_pddu_2000.php>. Acesso em: 20 maio 2017.

PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO PJF. **Proposta ao anteprojeto**. Disponível em: <http://www.plano_diretorparticipativo.pjf.mg.gov.br/documentos/eventos/conferencia/propostas_ao_anteprojeto.xls>. Acesso em: 22 maio 2017.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014**. Aprova a Política de Desenvolvimento Urbano e o Plano Diretor Estratégico do Município de São Paulo e revoga a Lei nº 13.430/2002. Disponível em: <<http://gestao urbana.prefeitura.sp.gov.br/texto-da-lei-2/>>. Acesso em: 05 maio 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7. ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e o poder popular**. 1. ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. Contornos constitucionais da propriedade privada. In: MENEZES, Carlos Alberto (Coord.). **Estudos em homenagem ao professor Caio Tácito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VILLAÇA, Flávio. Uma contribuição para a história do planejamento urbano no Brasil. In: DEÁK, Csaba; SCHINFFER, Sueli Ramos. (Org.). **O Processo de Urbanização no Brasil**. São Paulo: Edusp, 2001.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Expurgos de planos econômicos. Ação coletiva. Coisa julgada. Inviabilidade de ajuizamento de ações individuais.¹

EMENTA OFICIAL

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/73. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COISA JULGADA. IMPEDIMENTO PARA A PROPOSITURA DE AÇÕES INDIVIDUAIS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inaplicabilidade do NCPC neste julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. Discute-se, nos autos, se a coisa julgada formada na Ação Civil Pública nº 98.0016021-3/PR, intentada pela APADECO contra o BANESTADO, poderia impedir poupador do estado do Paraná de ajuizar, posteriormente, demanda individual com o mesmo pedido e causa de pedir.

3. A sentença proferida na referida ação coletiva dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores do BANESTADO do Estado do Paraná.

4. O art. 104 do CDC não se subsume à hipótese dos autos, sendo de se reconhecer a existência de coisa julgada coletiva capaz de impedir o prosseguimento da ação individual. Precedente.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1321796/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/12/2017, DJe 01/02/2018)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1668781&num_registro=201200913620&data=20180201&formato=PDF>

Brasília, 12 de dezembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRO MOURA RIBEIRO
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MOURA RIBEIRO (Relator):

MAURÍLIO MENDES DA SILVA (MAURÍLIO) promoveu ação de rito ordinário contra CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF), pleiteando diferenças de juros e correção monetária incidentes sobre depósitos em caderneta de poupança nos meses de maio, junho e julho de 1987; dezembro de 1988; janeiro e fevereiro de 1989, março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991 (e-STJ, fls. 3/15).

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos. Destacou que a conta foi encerrada em julho de 1989, razão pela qual não haveria interesse de agir em relação aos expurgos dos meses subsequentes. Em seguida, condenou a CEF ao pagamento da diferença verificada entre os índices aplicados nos meses de junho e de janeiro de 1989. Diante da sucumbência recíproca, condenou cada parte ao pagamento de 50% das custas processuais e deu por compensados os honorários advocatícios (e-STJ, fls. 209/220).

O Tribunal de origem negou provimento ao recurso de apelação de MAURÍLIO e deu provimento ao da CEF para extinguir o processo, sem resolução de mérito, na parte relativa ao período remanescente (perdas verificadas nos Planos Bresser e

Verão), tendo em vista a ocorrência de coisa julgada.

O acórdão ficou assim ementado:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE COBRANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRES-SER E VERÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. APADeco. AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 98.0016021/PR. COISA JULGADA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. PLANOS COLLOR I E II. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

1. O juiz é soberano na análise das provas a serem produzidas nos autos, cabendo a ele decidir sobre a suficiência para firmar o seu convencimento.

2. Mantida a sentença que reconheceu a ausência de interesse processual da autora em postular as diferenças de correção monetária relativamente aos anos de 1.990 e seguintes, julgando extinto o processo, com fulcro no art. 267, VI, do CPC.

3. O art. 16 da Lei 7.347/85 é explícito no sentido de que "A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.", deve se reconhecido o trânsito em julgado na ACP

98.0016021-3/PR ajuizada pela APADECO, cuja sentença declarou o direito às diferenças nos Planos Bresser e Verão. Assim, inexistia qualquer direito da parte-autora de questionar tais planos em ação individual ajuizada posteriormente em virtude da ocorrência de coisa julgada na ação coletiva. Em relação a tais valores cabe exclusivamente execução de sentença.

4. Em vista da existência de coisa julgada na ACP 98.0016021-3/PR, ajuizada pela APADECO, com relação às perdas ocorridas nos Planos Bresser e Verão, reforma-se a sentença para julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito.

5. Decorrentemente, condena-se a parte autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), restando, suspensa, todavia, sua exigibilidade em face da concessão do benefício da MG.

6. Registra-se, para fins de questionamento, que a sentença não vulnerou o disposto no artigo 20, do Código de Processo Civil.

(e-STJ, fls. 305/306).

Os embargos de declaração foram parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento (e-STJ, fls. 313/320).

MAURÍLIO interpôs, então, recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, alegando que o Tribunal de origem teria divergido do entendimento adotado por outros tribunais e também viola-

do os arts. 103, III, §§ 2º e 3º, e 104 do CDC ao concluir que a coisa julgada formada na ação coletiva poderia impedir o processamento da ação individual com base nos mesmos fatos.

Apresentadas contrarrazões (e-STJ, fls. 329/334), o recurso foi admitido na origem (e-STJ, fls. 335/336).

Nesta Corte Superior, a Ministra NANCY ANDRIGHI negou seguimento ao recurso especial em decisão monocrática assim indexada:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DEVIDOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EFICÁCIA DA DECISÃO.

-A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná, de modo que a alteração do seu alcance implicaria vulneração da coisa julgada.

-Negado seguimento ao recurso especial. (e-STJ, fl. 343).

Os embargos de declaração opostos contra essa decisão foram rejeitados (e-STJ, fls. 351/352).

Irresignado, MAURÍLIO interpôs o presente agravo regimental, alegando que, ao con-

trário do que afirmado, não haveria harmonia entre o posicionamento adotado pelo Tribunal de origem e a orientação jurisprudencial firmada por Corte Superior. Acrescentou que o acórdão recorrido não atenta contra a coisa julgada, tendo em vista os arts. 103, III, §§ 1º, 2º e 3º, e 104 do CDC. A propósito, ainda reiterou o dissídio jurisprudencial suscitado no recurso especial. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MOURA RIBEIRO(Relator):

De plano, vale pontuar que as disposições do NCPC, no que se refere aos requisitos de admissibilidade dos recursos, são inaplicáveis ao caso concreto ante os termos do Enunciado Administrativo n. 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Discute-se, nos autos, se a coisa julgada formada na Ação Civil Pública nº 98.0016021-3/PR, intentada pela APADECO, poderia impedir poupador do estado do Paraná de ajuizar, posteriormente, demanda individual com o objetivo de receber diferenças de

correção monetárias relativas a março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991.

Na Ação Civil Pública nº 98.0016021-3/PR, intentada pela APADECO, a CEF foi condenada a depositar, nas contas de cadernetas de poupança por ela mantidas, o valor da diferença apurada entre o que foi efetivamente creditado e o que deveria ter sido pago de acordo com o IPC, em razão dos planos econômicos Bresser (junho de 1987) e Verão (janeiro de 1989).

Ocorre que, posteriormente, MAURÍLIO ajuizou ação individual autônoma, com o mesmo pedido e causa de pedir.

Confira-se, nesse sentido, a seguinte passagem da petição inicial.

e) Seja a ação julgada procedente, condenando-se a ré, com relação às contas iniciadas ou renovadas entre os dias 01 e 15 de cada mês, ao pagamento da diferença do índice dos juros e da correção monetária de acordo com o IPC apurado no período: 26,06% em junho/87, 42,72%, janeiro/89, 84,32% em março/90, 44,80% em abril/90, 7,87% em maio 90 e 21,87% em fevereiro/91 mais juros de 1 % ao mês, devendo ser corrigido até a data do efetivo pagamento, na forma da Lei 6.899/81, a contar da data em que era devido, com a aplicação de juros moratórios e compensatórios e a devida correção monetária, consubstanciando-se no valor total que será apurado em sede de liquidação de sentença (e-STJ, fl. 15).

A sentença, conforme relatado, extinguiu o pedido por falta de interesse de agir em relação aos expurgos posteriores a julho de 1989, mas concedeu os expurgos relativos aos planos Bresser (junho de 1987) e Verão (janeiro de 1989).

O TRF da 4ª Região deu provimento ao apelo da CEF, reconhecendo a existência de coisa julgada em relação ao período contemplado pela sentença e, em função disso, extinguiu o processo.

Nas razões do recurso especial, MAURÍLIO afirmou, com fundamento nos arts. 103, III, §§ 1º, 2º e 3º, e 104 do CDC, e também no entendimento fixado pela Segunda Seção, no julgamento do CC nº 48.106/DF, que a coisa julgada formada na ação coletiva não impediria a propositura da ação individual.

No enfrentamento do tema é preciso destacar, em primeiro lugar, que esta Corte Superior, no julgamento de recurso repetitivo, já assentou que a decisão verificada naquela ação coletiva aproveitou todos os poupadores do Estado do Paraná.

Confira-se:

DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADeco BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SEN-

TENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA.

1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC).

1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97.

2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1.243.887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Corte Especial, Dje 12/12/2011)

É possível afirmar, assim, que, pelo menos em relação aos expurgos relativos a julho de 1987 (Plano Bresser) e janeiro de 1989 (Plano Verão), a sentença transitada em julgado que foi proferida na ação coletiva efetivamente aproveitou ao autor da ação individual, MAURÍLIO.

De rigor, portanto, reconhecer a existência de coisa julgada, inclusive porque essa circunstância não foi contestada nas razões do recurso especial. Com efeito, a única coisa que se alega no apelo extremo é que referida coisa julgada, em casos como o dos autos, não conduziria à extinção do processo, devendo ser assegurado ao consumidor, com fundamento nos arts. 103, III, §§ 1º, 2º e 3º, e 104 do CDC, prosseguir com a demanda individual.

De acordo com MAURÍLIO, essa possibilidade teria sido reconhecida no julgamento do CC 48.106/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJ 5/6/2006, assim ementado na parte em que interessa:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS PROMOVIDAS CONTRA A ANATEL E EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA. CONTROVÉRSIA RESPEITO DA LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE T A R I F A DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA. (...)

5. Considera-se existente, porém, conflito positivo de com-

petência ante a possibilidade de decisões antagônicas nos casos em que há processos correndo em separado, envolvendo as mesmas partes e tratando da mesma causa. É o que ocorre, freqüentemente, com a propositura de ações populares e ações civis públicas relacionadas a idênticos direitos transindividuais (= indivisíveis e sem titular determinado), fenômeno que é resolvido pela aplicação do art. 5º, § 3º, da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65) e do art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), na redação dada pela Medida Provisória 2.180-35/2001.

6. No caso dos autos, porém, o objeto das demandas são direitos individuais homogêneos (= direitos divisíveis, individualizáveis, pertencentes a diferentes titulares). Ao contrário do que ocorre com os direitos transindividuais — invariavelmente tutelados por regime de substituição processual (em ação civil pública ou ação popular) —, os direitos individuais homogêneos podem ser tutelados tanto por ação coletiva (proposta por substituto processual), quanto por ação individual (proposta pelo próprio titular do direito, a quem é facultado vincular-se ou não à ação coletiva). Do sistema da tutela coletiva, disciplinado na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC, nomeadamente em seus arts. 103, III, combinado com os §§ 2º e 3º, e 104), resulta **(a)** que a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva; **(b)** que a ação individual só se suspende por

iniciativa do seu autor; e (c) que, não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada procedente. Se a própria lei admite a convivência autônoma e harmônica das duas formas de tutela, fica afastada a possibilidade de decisões antagônicas e, portanto, o conflito.

(CC 48.106/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Seção, DJ 5/6/2006 – sem destaques no original).

Uma leitura mais açodada dessa ementa parece mesmo corroborar a tese deduzida no recurso especial. Analisando com atenção, é possível concluir, porém, que as teses jurídicas fixadas não têm aplicação ao caso dos autos.

A orientação assinalada de que *(a) a ação individual pode ter curso independente da ação coletiva* não é relevante para o julgamento do presente processo porque não se tem, aqui, duas ações tramitando simultaneamente, uma coletiva e outra individual.

A assertiva de que *(b) que a ação individual só se suspende por iniciativa do seu autor* tampouco pode ser invocada, porque não se discute, no caso, a suspensão da ação individual, mas sim a sua extinção pela coisa julgada.

Por fim, a conclusão de que *(c) não havendo pedido de suspensão, a ação individual não sofre efeito algum do resultado da ação coletiva, ainda que julgada pro-*

cedente, deve ser compreendida e aplicada no contexto fático imaginado pelo art. 104 do CDC e ressaltado pelos itens *a* e *b*, anteriores. Com efeito, a possibilidade de a ação individual prosseguir independentemente do trâmite e do próprio resultado de procedência da ação coletiva apenas ocorrerá quando a ação individual houver sido proposta antes do ajuizamento da ação coletiva e, nela, não vem a ser apresentado pedido de suspensão do feito. Nessa hipótese, o legislador dá a entender que o autor da demanda individual assume o risco de sua pretensão ser julgada improcedente.

O afastamento da coisa julgada somente ocorre, portanto, quando o autor individual de demanda contemporânea à coletiva deixar de requerer a suspensão do processo individual, após notificado da propositura da demanda coletiva (art. 104 do CDC).

No caso dos autos, a situação é diversa. Aqui, a ação individual foi proposta após o trânsito em julgado da sentença prolatada na ação coletiva, que certificou o mesmo direito reivindicado na ação individual. Permitir, em uma situação como essa, o ajuizamento de uma nova demanda, com o mesmo pedido, por quem já é beneficiado pela sentença proferida na ação civil pública, depõe contra o princípio da economia e constitui medida absolutamente contraproducente.

Convém ressaltar que o instituto da coisa julgada, além de sua função de pacificação social,

é também limitador da função jurisdicional, oferecendo barreira, em regra, intransponível, à jurisdição estatal. Assim, mesmo quando recaia o provimento jurisdicional sobre direitos disponíveis, não poderá o Judiciário emitir novo entendimento jurisdicional sobre a mesma relação jurídica acertada, seja no mesmo processo, seja em processo novo.

A Terceira Turma, desta Corte, em julgado recente, decidiu que, tramitando simultaneamente, o cumprimento individual de sentença coletiva e a ação individual de cobrança, deve a parte interessada noticiar nos autos desse último processo a existência de coisa julgada para que ele seja extinto.

Anote-se, a propósito a ementa desse julgado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONSUMIDOR. PEDIDO DE CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. AÇÃO DE CONHECIMENTO INDIVIDUAL. CONCOMITÂNCIA. LITISPENDÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. AUSÊNCIA DE TRÍPLICE IDENTIDADE. COISA JULGADA MATERIAL COLETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE NOVO JULGAMENTO POSTERIOR. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, adotou-se, no Brasil, o sistema opt out para alcance dos efeitos da coisa julgada erga omnes produzida no julgamento de procedência das ações coletivas de tutela de

direito individual homogêneo, ao mesmo tempo em que se afastou, expressamente, a caracterização de litispendência, mesmo porque ausente a tríplice identidade dos elementos da ação.

2. *Inexistindo pendência de julgamento individual à época do julgamento coletivo, não há que se cogitar de afastamento da coisa julgada por mera aplicação do art. 104 do CDC.*

3. *A coisa julgada material, além de consistir em importante instrumento de segurança jurídica e pacificação social, obsta ao Poder Judiciário a reapreciação da relação jurídica material acertada.*

4. *Havendo coisa julgada material, compete ao réu (arts. 301, VI, do CPC/1973 e 337, VII, do CPC/2015) sua alegação perante o Juízo competente para julgamento de mesma relação jurídica material, in casu, o Juízo perante o qual tramita a ação de conhecimento.*

5. *Recurso especial conhecido e desprovido.*

(REsp 1.620.717/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Terceira Turma, DJe 23/10/2017)

Do inteiro teor desse acórdão, extrai-se, ainda, o seguinte:

Assim, a partir de qualquer prisma, fica evidente a inaplicabilidade do comando do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor à hipótese dos autos. É de se notar, com efeito, que cabia ao recorrente pleitear, na ação de conhecimento, a suspensão do processo até que se ultimasse a decisão

judicial acerca do alcance do recorrido naquele título exequendo, se dívida existia, para, então, aduzir a existência de coisa julgada material a impor extinção daquele processo. O caminho inverso em nada abala a tramitação da presente execução, que deverá acertar a inclusão do recorrido no âmbito de alcance do título coletivo e individualizá-lo, por fim, o direito tutelado.

Ressalte-se que, no caso, as razões do recurso especial não alegaram que o pedido da ação individual era mais amplo do que o da ação coletiva por envolver juros remuneratórios, por exemplo. Também não alegou que o consumidor teria alguma outra vantagem com o ajuizamento da ação individual, como a superação da prescrição, por exemplo.

Nessas condições, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange ao cabimento de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º).

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Aurélio Bellizze (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Tribunal Superior do Trabalho

Contrato de prestação de serviços. Ente público. Responsabilidade subsidiária não reconhecida. Fiscalização comprovada.¹

EMENTA OFICIAL

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NÃO RECONHECIDA. FISCALIZAÇÃO COMPROVADA NOS AUTOS.

1 - No recurso de revista, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1.º-A, da CLT.

2 - No caso, o TRT consignou que "Os documentos apresentados nos autos juntamente com a contestação da Caixa Econômica Federal, afinal, revelam que a tomadora sempre acompanhou de perto o pagamento dos salários, recolhimentos previdenciários e do FGTS, tanto que nas ocasiões em que a empregadora não honrou com suas obrigações, a tomadora dos serviços assumiu o pagamento dos trabalhadores. Tendo se tornado recorrente a conduta da empregadora em não realizar o pagamento dos salários, a Caixa Econômica providenciou a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, im-

pondo à prestadora a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a CAIXA pelo prazo de dois anos."

3 - Assim, concluiu que há prova nos autos de que o ente público exerceu efetiva fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, o que, conforme entendimento do STF seguido por esta Corte, nos termos da Súmula nº 331 do TST, impede o reconhecimento da pretendida responsabilidade subsidiária.

4 - Quanto às provas, aplica-se a Súmula n.º 126 do TST.

5 - No mais, a decisão do Regional está em sintonia com a Súmula nº 331, IV e V, do TST e a decisão do Pleno do STF, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no § 7º do artigo 896 da CLT.

6 - A incidência das Súmulas nº 126 e 331 do TST e do § 7º do artigo 896 da CLT afasta a viabilidade do conhecimento do recurso de revista com base na fundamentação jurídica invocada pela parte. 7 - Agravo de instrumento

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProclnt=2017&numProclnt=228110&dtaPublicacaoStr=02/03/2018%2007:00:00&nia=7079312>>

a que se nega provimento. II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. LEI Nº 13.015/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIO E DAS VERBAS RESCISÓRIAS. 1 - No recurso de revista, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1.º-A, da CLT. 2 - Em relação às verbas rescisórias, conforme jurisprudência desta Corte, o deferimento de indenização por danos morais com base em mera presunção da ocorrência de fatos danosos não é cabível. É necessária a comprovação de ao menos algum fato objetivo do qual se pudesse inferir que houve abalo moral, o que não ocorreu no caso, segundo o TRT. Nesse contexto, o que gera o dano não é a mora em si, mas as circunstâncias nas quais se configurou, e/ou as consequências eventualmente advindas desse atraso, como, por exemplo, a inscrição do devedor em cadastros de inadimplência, entre outros casos. Julgados. 3 - Já em relação ao pagamento dos salários, esta Turma entende que o atraso reiterado no pagamento dos salários enseja o pagamento de indenização a título de dano moral, pois, nesse caso, o dano moral verifica-se *in re ipsa*, hipótese em que se exige tão somente a prova dos fatos que ensejam o pedido indenizatório. 4 - Com efeito, a Constituição Federal, especialmente em seu artigo 5º, incisos V e X, estabeleceu o dano moral como ilícito passível de repara-

ção, a exemplo daqueles causados à honra, intimidade e imagem do indivíduo, expressões próprias dos direitos da personalidade. 5 - As previsões do artigo 5º, incisos V e X, aliadas ao caráter protetivo do Direito do Trabalho e às demais garantias expressas da Carta Magna, relativas à natureza de direito social fundamental do trabalho e das necessidades básicas que ele viabiliza (saúde, moradia, lazer, etc.), levam ao dever de indenizar, em caso como o dos autos. 6 - O fato de o empregado estar privado, ainda que temporariamente, dos recursos necessários à sua subsistência, considerando principalmente que o salário tem natureza alimentar e recebe especial proteção constitucional, revela a gravidade do fato e o prejuízo causado ao trabalhador.

7 - Nesse mesmo sentido foram proferidos os julgados da SBDI-1 do TST.

8 - No caso concreto, o TRT não rejeitou o pedido de indenização por danos morais decorrentes do reiterado atraso de salários por falta de prova dos fatos alegados pelo reclamante, mas, sim, por falta de prova dos prejuízos materiais decorrentes dos fatos alegados - o que é inexigível, na medida em que, como já referido, o pedido é de indenização por danos imateriais, constatáveis *in re ipsa*.

9 - Caracterizada, portanto, a conduta ilícita patronal e demonstrados os pressupostos para a responsabilização civil (ação ou omissão culposa ou dolosa do

agente, nexo de causalidade e dano experimentado pela vítima), é devida a indenização por dano moral postulada, comportando conhecimento o apelo por divergência jurisprudencial.

10 - Nesse passo, cumpre assinalar que, na fixação do montante da indenização por danos morais, devem ser levados em consideração os critérios da proporcionalidade, da razoabilidade, da justiça e da equidade, não havendo norma legal que estabeleça a forma de cálculo a ser utilizada para resolver a controvérsia, pois o artigo 944 do Código Civil apenas estabelece que a indenização é medida pela extensão do dano.

11 - A par dessas considerações, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, na fixação do montante devem ser observados os seguintes objetivos: compensar a vítima pela lesão ao direito da personalidade e servir como medida pedagógica ao ofensor.

12 - A partir do quadro fático descrito no acórdão recorrido, aliado ao fato de que foi reconhecida a rescisão indireta, com base no art. 483, d, da CLT, em razão do reiterado atraso no pagamento dos salários, arbitra-se o montante da indenização por danos morais em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

13 - Recurso de revista a que se dá provimento.

(ARR - 24722-76.2015.5.24.0003, Relatora: Ministra Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 28/02/2018, 6ª Turma, DEJT 02/03/2018)

ACÓRDÃO (6ª Turma) GMKA/tps

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. ENTE PÚBLICO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NÃO RECONHECIDA. FISCALIZAÇÃO COMPROVADA NOS AUTOS.

1 - No recurso de revista, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1.º-A, da CLT.

2 - No caso, o TRT consignou que *“Os documentos apresentados nos autos juntamente com a contestação da Caixa Econômica Federal, afinal, revelam que a tomadora sempre acompanhou de perto o pagamento dos salários, recolhimentos previdenciários e do FGTS, tanto que nas ocasiões em que a empregadora não honrou com suas obrigações, a tomadora dos serviços assumiu o pagamento dos trabalhadores. Tendo se tornado recorrente a conduta da empregadora em não realizar o pagamento dos salários, a Caixa Econômica providenciou a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, impondo à prestadora a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a CAIXA pelo prazo de dois anos.”.*

3 - Assim, concluiu que há prova nos autos de que o ente público exerceu efeti-

va fiscalização quanto ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa prestadora de serviços, o que, conforme entendimento do STF seguido por esta Corte, nos termos da Súmula nº 331 do TST, impede o reconhecimento da pretendida responsabilidade subsidiária.

4 - Quanto às provas, aplica-se a Súmula n.º 126 do TST.

5 - No mais, a decisão do Regional está em sintonia com a Súmula nº 331, IV e V, do TST e a decisão do Pleno do STF, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no § 7º do artigo 896 da CLT.

6 - A incidência das Súmulas nº 126 e 331 do TST e do § 7º do artigo 896 da CLT afasta a viabilidade do conhecimento do recurso de revista com base na fundamentação jurídica invocada pela parte.

7 - Agravo de instrumento a que se nega provimento.

II - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. LEI Nº 13.015/2014. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIO E DAS VERBAS RESCISÓRIAS.

1 - No recurso de revista, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1.º-A, da CLT.

2 - Em relação às **verbas rescisórias**, conforme jurisprudência desta Corte, o deferimento de indenização por danos morais com base em mera presunção da ocorrência de fatos danosos não é cabível. É necessária a comprova-

ção de ao menos algum fato objetivo do qual se pudesse inferir que houve abalo moral, o que não ocorreu no caso, segundo o TRT.

Nesse contexto, o que gera o dano não é a mora em si, mas as circunstâncias nas quais se configurou, e/ou as consequências eventualmente advindas desse atraso, como, por exemplo, a inscrição do devedor em cadastros de inadimplência, entre outros casos. Julgados.

3 - Já em relação ao **pagamento dos salários**, esta Turma entende que o atraso reiterado no pagamento dos salários enseja o pagamento de indenização a título de dano moral, pois, nesse caso, o dano moral verifica-se in re ipsa, hipótese em que se exige tão somente a prova dos fatos que ensejam o pedido indenizatório.

4 - Com efeito, a Constituição Federal, especialmente em seu artigo 5º, incisos

V e X, estabeleceu o dano moral como ilícito passível de reparação, a exemplo daqueles causados à honra, intimidade e imagem do indivíduo, expressões próprias dos direitos da personalidade.

5 - As previsões do artigo 5º, incisos V e X, aliadas ao caráter protetivo do Direito do Trabalho e às demais garantias expressas da Carta Magna, relativas à natureza de direito social fundamental do trabalho e das necessidades básicas que ele viabiliza (saúde, moradia, lazer, etc.), levam ao dever de indenizar, em caso como o dos autos.

6 - O fato de o empregado estar privado, ainda que tempo-

rariamente, dos recursos necessários à sua subsistência, considerando principalmente que o salário tem natureza alimentar e recebe especial proteção constitucional, revela a gravidade do fato e o prejuízo causado ao trabalhador.

7 - Nesse mesmo sentido foram proferidos os julgados da SBDI-1 do TST.

8 – **No caso concreto, o TRT não rejeitou o pedido de indenização por danos morais decorrentes do reiterado atraso de salários por falta de prova dos fatos alegados pelo reclamante, mas, sim, por falta de prova dos prejuízos materiais decorrentes dos fatos alegados - o que é inexigível, na medida em que, como já referido, o pedido é de indenização por danos imateriais, constatáveis in re ipsa.**

9 - Caracterizada, portanto, a conduta ilícita patronal e demonstrados os pressupostos para a responsabilização civil (ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, nexo de causalidade e dano experimentado pela vítima), é devida a indenização por dano moral postulada, comportando conhecimento o apelo por divergência jurisprudencial.

10 - Nesse passo, cumpre assinalar que, na fixação do montante da indenização por danos morais, devem ser levados em consideração os critérios da proporcionalidade, da razoabilidade, da justiça e da equidade, não havendo norma legal que estabeleça a forma de cálculo a ser utilizada para resolver a controvérsia, pois o artigo 944 do Código Civil ape-

nas estabelece que a indenização é medida pela extensão do dano.

11 - A par dessas considerações, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, na fixação do montante devem ser observados os seguintes objetivos: compensar a vítima pela lesão ao direito da personalidade e servir como medida pedagógica ao ofensor.

12 - A partir do quadro fático descrito no acórdão recorrido, aliado ao fato de que foi reconhecida a rescisão indireta, com base no art. 483, d, da CLT, em razão do reiterado atraso no pagamento dos salários, arbitra-se o montante da indenização por danos morais em **R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)**. 13 - Recurso de revista a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo nº **TST-ARR-24722-76.2015.5.24.0003**, em que é Agravante e Recorrente **RENAN KATALINO FERREIRA GOMES LOPES** e Agravado e Recorrido **FÁCIL INFORMÁTICA & TECNOLOGIA LTDA. e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**.

O Tribunal Regional do Trabalho deu parcial provimento ao recurso ordinário do reclamante.

O reclamante interpôs recurso de revista.

O juízo primeiro de admissibilidade negou seguimento ao recurso de revista quanto ao tema “**responsabilidade subsidiária**” e admitiu o recurso quanto ao tema “**indenização por**

dano moral", por divergência jurisprudencial.

O reclamante interpôs agravo de instrumento, com base no art. 897, **b**, da CLT.

Foram apresentadas contramemória e contrarrazões.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho porque não se configuraram as hipóteses previstas em lei e no RITST.

É o relatório.

VOTO

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

O Tribunal Regional, juízo primeiro de admissibilidade do recurso de revista (art. 682, IX, da CLT), denegou seguimento ao recurso, sob os seguintes fundamentos:

"PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS
Tempestivo o recurso (acórdão publicado em 14/02/2017 - ID. 1e96602 - Pág. 1 - Lei 11.419/2006, art. 4º, § 3º); interposto em 21/02/2017 - ID. 0c6355b - Pág. 1, por meio do sistema PJe. Regular a representação, ID. 3843f7d - Pág. 1.

Desnecessário o preparo.
PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS
Responsabilidade Solidária/
Subsidiária / Tomador de Serviços/Terceirização.

Alegação(ões):
- contrariedade à Súmula 331, V, do Colendo TST.

Sustenta a recorrente que ficou evidenciada a culpa in eligendo e in vigilando da CEF, como tomadora de serviços, uma vez que procedeu à renovação do contrato firmado com a prestadora de serviços sem a necessária garantia contratual, mesmo tendo plena ciência dos problemas financeiros que fatalmente inviabilizariam a sua continuidade.

Além disso, aduz que a CEF foi responsável pelo inadimplemento das verbas trabalhistas e rescisórias dos empregados da recorrida Fácil, ao priorizar pagamentos de créditos diversos sem qualquer garantia de idoneidade e ainda efetuar o bloqueio de todo o crédito restante para a quitação de multas e despesas contratuais. Consta do v. acórdão (ID. bb8d42a - Págs. 2/3):

2.1 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

Insiste o reclamante na condenação subsidiária da CAIXA ECONOMICA FEDERAL, tomadora dos serviços prestados, defendendo que houve culpa in eligendo na renovação do contrato de prestação de serviços e culpa in vigilando na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa empregadora.

O apelo, no entanto, não comporta provimento.

Conforme asseverado pelo julgador de piso, o STF, em decisão proferida no ADC 16, declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, com efeitos vinculantes.

Contudo, tal decisão não afastou a possibilidade de análise

da responsabilidade do ente público tendo por fundamentos outros aspectos, como a culpa da tomadora.

Assim, a responsabilidade subsidiária de entes da administração continua sendo possível e tem respaldo nos artigos 186 e 927 do Código Civil, bem como na Súmula n. 331, V, do C. TST, nos casos em que evidenciado o descumprimento do artigo 58, III, da Lei de Licitações.

No caso vertente, entretanto, a prova dos autos deixa transparecer que não houve omissão na fiscalização conduzida pela tomadora dos serviços ao longo do contrato de trabalho.

Com efeito, consoante muito bem pontuado na sentença de origem, a renovação do contrato de prestação de serviços não configura ausência de fiscalização hábil a justificar a condenação subsidiária da empresa tomadora dos serviços. Ademais, o pagamento dos salários diretamente aos empregados, ao contrário do alegado pelo recorrente, evidencia a efetiva fiscalização e a preocupação da tomadora para com o cumprimento dos direitos trabalhistas dos empregados prestadores de serviços. Os documentos apresentados nos autos juntamente com a contestação da Caixa Econômica Federal, afinal, revelam que a tomadora sempre acompanhou de perto o pagamento dos salários, recolhimentos previdenciários e do FGTS, tanto que nas ocasiões em que a empregadora não honrou com suas obrigações, a tomadora dos serviços assumiu o paga-

mento dos trabalhadores. Tendo se tornado recorrente a conduta da empregadora em não realizar o pagamento dos salários, a Caixa Econômica providenciou a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, impondo à prestadora a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a CAIXA pelo prazo de dois anos. Assim, em que pese os prejuízos ocasionados ao patrimônio jurídico do reclamante, não se pode repassar a responsabilização secundária automaticamente à tomadora dos serviços, a qual, conforme se extrai dos autos, não agiu com culpa in vigilia, eis que não houve incúria na fiscalização, nem com culpa in elegend, já que não há qualquer evidência de falhas no procedimento licitatório. Pelo exposto, nego provimento ao recurso.

Inviável o seguimento do recurso ante a conclusão da Turma de que não há como atribuir à 2ª reclamada responsabilidade subsidiária pelo contrato de trabalho, pois não foi produzida nenhuma prova de eventual descumprimento da Lei de Licitações. Ademais, verifica-se que a 2ª ré primou pela efetiva fiscalização na execução do contrato, tanto que os pagamentos programados à 1ª eram condicionados à apresentação da documentação comprovando o regular cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias.

Na hipótese, portanto, a Turma decidiu em sintonia com a

Súmula 331 do Colendo TST, o que inviabiliza o seguimento do recurso (Súmula 333 do TST).

No mais, para o acolhimento da pretensão recursal seria necessário o reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 126 do Colendo TST e inviabiliza o seguimento do recurso.

Destaca-se que o IUJ suscitado por este Tribunal, autuado sob n. 0024299-28.2015.5.24.0000, relativo ao ente público, e se o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo seu prestador de serviços configura omissão quanto ao dever de fiscalização e, conseqüentemente, reconhecimento da sua responsabilidade subsidiária quanto àqueles débitos, não foi admitido por este Tribunal, por entender que a hipótese necessita de valoração da prova.

Responsabilidade Civil do Empregador/Empregado / Indenização por Dano Moral.

Alegação(ões):

- divergência jurisprudencial. Sustenta que o atraso reiterado no pagamento de salários, bem como o inadimplemento da última parcela salarial e das verbas rescisórias, não podem ser considerados como mero dissabor, na medida em que privam o trabalhador do recebimento de verba de natureza alimentar e implicam em ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Consta do v. acórdão (ID. bb8d42a - Págs. 8/9):

2.7 - INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

Por fim, busca o reclamante a condenação da reclamada ao

pagamento de indenização pelo dano moral decorrente do reiterado atraso no pagamento de seus salários, bem como em razão da ausência de pagamento das verbas rescisórias.

Sem razão, contudo.

O dano moral consiste na violação de um bem integrante da personalidade da vítima, violação esta da qual resultam sofrimento e humilhação capazes de atingir o sentimento de dignidade do ofendido.

No caso, mesmo reconhecida a mora salarial e o não-pagamento de verbas rescisórias pelo empregador, tais circunstâncias não são fatores determinante do abalo moral apontado pelo autor, não sendo aptas, por si sós, para causar sentimentos de humilhação, constrangimento ou vergonha, capazes de atingir sua honra e dignidade, justificadores de eventual reparação de ordem moral.

Nesse sentido, o entendimento atual do C. Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE (ROGÉRIO OLDAIR SEVERO). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. I. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que o atraso no pagamento de salário não enseja o pagamento de indenização por danos morais, porquanto tal situação, isoladamente considerada, não importa resultado lesivo à honra ou à imagem das pessoas. II. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 70100-08.2009.5.04.0008 - Data de

Julgamento: 09/03/2016, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016) O entendimento que prevalece, portanto, é no sentido de que o descumprimento de obrigações trabalhistas, isoladamente considerado, não acarreta violação aos direitos da personalidade, devendo o trabalhador comprovar que em razão da violação foi submetido à situação vexatória ou humilhante.

Assim, não comprovado o efetivo dano moral experimentado pelo reclamante, assim como a prática pela reclamada de ato que pudesse ter causado abalos de dessa ordem, não subsiste o dever de indenizar.

Nego provimento.

A recorrente demonstrou a existência de divergência apta a ensejar o seguimento do recurso, com as ementas colacionadas no ID. 0c6355b, Págs. 6/7, provenientes do TRT da 3ª Região e do TRT da 4ª Região, in verbis:

“ ATRASO NO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS - DANO MORAL INDENIZAÇÃO DEVIDA - O salário constitui direito fundamental do trabalhador e, por isso, encontra proteção no art. 7º, X, da Constituição da República, por ser fonte primária da subsistência. Sendo assim, não há dúvidas de que o não pagamento dos salários e verbas rescisórias ocasionou ao reclamante transtornos e dissabores, que afetam diretamente a ordem da subsistência material e, de consequência, atributo da personalidade moral da pessoa do trabalhador. Nesse passo, tenho por caracterizado o dano moral ensejador da in-

denização postulada com fulcro no art. 186 do Código Civil e no art. 5º, X, da Constituição da República. (TRT 03ª R. - RO 02596/2013-063-03-00.1 5ª T. - Rel. Des. Marcus Moura Ferreira - DJe 15.07.2014 - p. 504)”
 “ INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - ATRASO CONTUMAZ NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS - O atraso no pagamento de salário, mais do que um simples descumprimento contratual, configura dano extrapatrimonial passível de reparação. O pagamento da multa normativa pela mora restitui tão somente o dano material, não eximindo a ré da obrigação de indenizar o abalo moral. Apelo provido, para condenar a reclamada ao pagamento de R\$5.000,00 a título de indenização por danos morais, com acréscimo de juros e correção monetária. (TRT 04ª R. - RO 0001985-21.2012.5.04.0204 - 2ª T. - Rel. Des. Alexandre Corrêa da Cruz - DJe 11.07.2014)”

CONCLUSÃO

RECEBO parcialmente o recurso de revista.

Inclua-se o indicador “Lei 13.015/2014”, conforme ofício circular SEGJUD/TST n. 051/2014.

Cumpridas as formalidades legais, remetam-se os autos virtuais ao Colendo TST.”

Recurso de revista sob a vigência da Lei nº 13.015/2014.

A fim de demonstrar o prequestionamento da matéria, foram transcritos nas razões do recurso de revista, os seguintes fragmentos do acórdão do TRT:

“ Insiste o reclamante na condenação subsidiária da CAIXA

ECONOMICA FEDERAL, tomadora dos serviços prestados, defendendo que houve culpa in elegendo na renovação do contrato de prestação de serviços e culpa in vigilando na fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa empregadora.

O apelo, no entanto, não comporta provimento.

Conforme asseverado pelo julgador de piso, o STF, em decisão proferida no ADC 16, declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93, com efeitos vinculantes. Contudo, tal decisão não afastou a possibilidade de análise da responsabilidade do ente público tendo por fundamentos outros aspectos, como a culpa da tomadora.

Assim, a responsabilidade subsidiária de entes da administração continua sendo possível e tem respaldo nos artigos 186 e 927 do Código Civil, bem como na Súmula n. 331, V, do C. TST, nos casos em que evidenciado o descumprimento do artigo 58, III, da Lei de Licitações.

No caso vertente, entretanto, a prova dos autos deixa transparecer que não houve omissão na fiscalização conduzida pela tomadora dos serviços ao longo do contrato de trabalho.

Com efeito, consoante muito bem pontuado na sentença de origem, a renovação do contrato de prestação de serviços não configura ausência de fiscalização hábil a justificar a condenação subsidiária da empresa tomadora dos serviços. Ademais, o pagamento dos sa-

lários diretamente aos empregados, ao contrário do alegado pelo recorrente, evidencia a efetiva fiscalização e a preocupação da tomadora para com o cumprimento dos direitos trabalhistas dos empregados prestadores de serviços.

Os documentos apresentados nos autos juntamente com a contestação da Caixa Econômica Federal, afinal, revelam que a tomadora sempre acompanhou de perto o pagamento dos salários, recolhimentos previdenciários e do FGTS, tanto que nas ocasiões em que a empregadora não honrou com suas obrigações, a tomadora dos serviços assumiu o pagamento dos trabalhadores. Tendo se tornado recorrente a conduta da empregadora em não realizar o pagamento dos salários, a Caixa Econômica providenciou a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, impondo à prestadora a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a CAIXA pelo prazo de dois anos. Assim, em que pese os prejuízos ocasionados ao patrimônio jurídico do reclamante, não se pode repassar a responsabilização secundária automaticamente à tomadora dos serviços, a qual, conforme se extrai dos autos, não agiu com culpa in vigilando, eis que não houve incúria na fiscalização, nem com culpa in elegendo, já que não há qualquer evidência de falhas no procedimento licitatório.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso.”

Nas razões do recurso de revista, renovadas no agravo de instrumento, o reclamante sustenta que a CEF agiu com culpa in eligendo e in vigilando. Alega contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST.

Ao exame.

Atendidas as exigências do art. 896, § 1º-A, da CLT.

O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, tem a seguinte redação:

Art. 71. O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.

§ 2º A Administração Pública responde solidariamente com o contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato, nos termos do art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

O Pleno do STF, na ADC nº 16/DF, Relator Ministro Cezar Peluso, DJE 8/9/2011 (divulgação) e 9/9/2011 (publicação), proferiu a decisão sintetizada na seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro

contraente. **Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas**, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. **Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma.** Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Constou no voto do Ministro Cezar Peluso, Relator, a ressalva de que **a vedação de transferência consequente e automática de encargos trabalhistas, “não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da Administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos”**. Contudo, a Sexta Turma do TST, por disciplina judiciária, a partir da Sessão de Julgamento de 25/3/2015, passou a seguir a diretriz fixada em reclamações constitucionais nas quais o STF afastou a atribuição do ônus da prova ao ente público nessa matéria.

Em razão da decisão do STF na ADC nº 16/DF, o Pleno deu a atual redação da Súmula nº 331 do TST:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

(nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

O Pleno do TST editou a súmula no exercício da sua competência regimental, legal e constitucional, observando o princípio da separação de poderes (a Corte Superior não legislou sobre

a matéria, mas, sim, em âmbito jurisprudencial, interpretou a legislação que rege a matéria). Na súmula há tese sobre a aplicação do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, e não sobre a sua constitucionalidade, a qual foi declarada pelo STF na ADC nº 16/DF. A responsabilidade subsidiária do ente público, tratada na súmula, diz respeito à hipótese de terceirização lícita, e não de terceirização ilícita. A responsabilidade subsidiária a que se refere a súmula é aquela na qual o ente público figura na relação jurídica como tomador de serviços, e não como empregador. Nos termos da súmula, a culpa do ente público, quando reconhecida, não é automática e não decorre do mero inadimplemento da empregadora. É dizer: quando reconhecida, a culpa é subjetiva (e não objetiva). A culpa do ente público é reconhecida quando ocorre o descumprimento dos deveres (e não da faculdade) previstos na Lei nº 8.666/93, a qual exige a escolha de empresa prestadora de serviços idônea e a fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais pela empregadora. A Súmula nº 331, V, do TST cita "*especialmente*" (e não exclusivamente) a fiscalização, com a finalidade de sinalizar que pode haver caso em que seja demonstrada a irregularidade na licitação (ou na dispensa de licitação), o que também permite o reconhecimento da culpa do ente público.

No Agravo Regimental em Reclamação nº 16.094, Relator Mi-

nistro Celso de Mello, 19/11/2014, também o Pleno do STF proferiu a decisão sintetizada na seguinte ementa:

RECLAMAÇÃO – ALEGAÇÃO DE DESRESPEITO À AUTORIDADE DA DECISÃO PROFERIDA, COM EFEITO VINCULANTE, NO EXAME DA ADC 16/DF – INOCORRÊNCIA – RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR DÉBITOS TRABALHISTAS (LEI Nº 8.666/93, ART. 71, § 1º) – **ATO JUDICIAL DE QUE SE RECLAMA PLENAMENTE JUSTIFICADO PELO RECONHECIMENTO, NO CASO, POR PARTE DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DE SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE RESPONSABILIDADE SUBJETIVA (QUE PODE DECORRER TANTO DE CULPA “IN VIGILANDO” QUANTO DE CULPA “IN ELIGENDO” OU “IN OMITTENDO”)** – DEVER JURÍDICO DAS ENTIDADES PÚBLICAS CONTRATANTES DE BEM SELECIONAR E DE FISCALIZAR O CUMPRIMENTO, POR PARTE DAS EMPRESAS CONTRATADAS, DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS REFERENTES AOS EMPREGADOS VINCULADOS AO CONTRATO CELEBRADO (LEI Nº 8.666/93, ART. 67), SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO INDEVIDO DO PODER PÚBLICO E DE INJUSTO EMPOBRECI-
 MENTO DO TRABALHADOR – SITUAÇÃO QUE NÃO PODE SER COONESTADA PELO PODER JUDICIÁRIO – ARGUIÇÃO DE OFENSA AO POSTULADO DA RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97) – SÚMULA VINCULANTE Nº 10/STF – INAPLICA-

BILIDADE – INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE JUÍZO OSTENSIVO, DISFARÇADO OU DISSIMULADO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – **CARÁTER SOBERANO DO PRONUNCIAMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS SOBRE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA** – CONSEQUENTE INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL DA RECLAMAÇÃO PARA EXAME DA OCORRÊNCIA, OU NÃO, DO ELEMENTO SUBJETIVO PERTINENTE À RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA OU DA ENTIDADE PÚBLICA TOMADORA DO SERVIÇO TERCEIRIZADO – PRECEDENTES – NATUREZA JURÍDICA DA RECLAMAÇÃO – DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Na fundamentação do Agravo Regimental em Reclamação nº 16.094, constou o seguinte:

(...) não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal tenha confirmado a plena validade constitucional do § 1º do art. 71 da Lei nº 8.666/93 – por entender juridicamente incompatível com a Constituição a **transferência automática**, em detrimento da Administração Pública, dos encargos trabalhistas, fiscais, comerciais e previdenciários resultantes da execução do contrato na hipótese de inadimplência da empresa contratada –, **enfatizou-se que essa declaração de constitucionalidade não impediria, em cada situação ocorrente, o reconhecimento**

to de eventual culpa 'in omittendo', 'in eligendo' ou 'in vigilando' do Poder Público.

Essa visão em torno do tema tem sido observada – é importante destacar – por Ministros de ambas as Turmas desta Suprema Corte (...), em julgamentos nos quais se tem reconhecido possível a atribuição de **responsabilidade subsidiária ao ente público na hipótese excepcional de restar demonstrada a ocorrência de comportamento culposos da Administração Pública.**

Vale referir, bem por isso, ante a pertinência de seu conteúdo, fragmento da decisão que o eminente Ministro JOAQUIM BARBOSA proferiu no âmbito da Rcl 12.925/SP, de que foi Relator:

'(...) ao declarar a constitucionalidade do referido § 1º do art. 71 da Lei 8.666/1993, a Corte consignou que se, na análise do caso concreto, ficar configurada a culpa da Administração em fiscalizar a execução do contrato firmado com a empresa contratada, estará presente sua responsabilidade subsidiária pelos débitos trabalhistas não adimplidos. Em outras palavras, vedou-se, apenas, a transferência automática ou a responsabilidade objetiva da Administração Pública por essas obrigações.

No presente caso, a autoridade reclamada, embora de forma sucinta, a partir do conjunto probatório presente nos autos da reclamação trabalhista, analisou a conduta do ora reclamante

e entendeu configurada a sua culpa 'in vigilando'.

(...)

Se bem ou mal decidiu a autoridade reclamada ao reconhecer a responsabilidade por culpa imputável à reclamante, a reclamação constitucional não é o meio adequado para substituir os recursos e as medidas ordinária e extraordinariamente disponíveis para correção do alegado erro.

(...)

Cumpra assinalar, por necessário, que **o dever jurídico das entidades públicas contratantes de bem selecionar e de fiscalizar a idoneidade das empresas que lhes prestam serviços abrange não apenas o controle prévio à contratação – consistente em exigir das empresas licitantes a apresentação dos documentos aptos a demonstrarem a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a situação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal (Lei nº 8.666/93, art. 27) -, mas compreende, também, o controle concomitante à execução contratual, viabilizador, entre outras medidas, da vigilância efetiva e da adequada fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas em relação aos empregados vinculados ao contrato celebrado (Lei nº 8.666/93, art. 67), sob pena de enriquecimento indevido do Poder Público e de injusto empobrecimento do trabalhador, situação essa que não pode ser**

coonestada pelo Poder Judiciário.

(...)

Fundamental, no ponto, é o reconhecimento, por parte das instâncias ordinárias (cujo pronunciamento é soberano em matéria fático-probatória), da ocorrência, na espécie, de situação configuradora da responsabilidade subjetiva da entidade de direito público, que tanto pode resultar de culpa ‘in eligendo’ quanto de culpa ‘in vigilando’ ou ‘in omittendo’.

O Pleno do STF, em repercussão geral, com efeito vinculante, no RE nº 760.931, Redator Designado Ministro Luiz Fux, 30/3/2017, fixou a seguinte tese:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado **não transfere automaticamente** ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Conforme os debates no julgamento do RE nº 760.931, o Pleno do STF deixou claro que o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao estabelecer que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, (...) não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento”, veda a transferência automática, objetiva, sistemática, e não a transfe-

rência fundada na culpa do ente público.

Embora não tenham constatado na tese vinculante, no julgamento do RE nº 760.931 foram decididas as seguintes questões: a) ficou vencido o voto da Ministra Relatora Rosa Weber de que o ônus da prova seria do ente público (*o recurso extraordinário foi interposto contra acórdão do TST no qual se decidiu com base na distribuição do ônus da prova contra o ente público*); **b)** o entendimento da maioria julgadora foi de que o reconhecimento da culpa do ente público exige elemento concreto de prova, não se admitindo a presunção (como são os casos da distribuição do ônus da prova e do mero inadimplemento); **c)** havendo elemento concreto de prova, não cabe ao STF verificar o acerto ou desacerto do acórdão recorrido sob tal enfoque.

No julgamento do RE nº 760.931, alguns Ministros chamaram a atenção para o aspecto de que a fiscalização pelo ente público seria obrigação de meio, ou seja, por amostragem, procedimento admitido em acórdãos do TCU e utilizado pelo BNDES com altos índices de acerto. Destacaram que, embora a Lei nº 8.666/1993 determine que o ente público indique servidor para fiscalizar o contrato, a fiscalização como obrigação de resultado (quanto a todas as verbas trabalhistas de todos os trabalhadores terceirizados em todos os meses) exigiria que o ente público montasse departamento de gestão de

peças para monitorar a situação de cada um dos empregados da prestadora de serviços, o que tornaria a terceirização menos eficiente em nível federal e, mais ainda, em níveis estadual e municipal. Disseram que a fiscalização como obrigação de resultado, na prática, levaria à responsabilidade subsidiária automática, com base no mero inadimplemento da empregadora. Acrescentaram que não basta a fiscalização, mas, também que o ente público tome medidas na hipótese de descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços. As portarias sobre fiscalização em âmbito federal seriam de difícil aplicação no caso dos demais entes da Federação. Constatou no voto do Ministro Luís Roberto Barroso: *"eu diria, pelo menos em obiter dictum, que a fiscalização adequada por amostragem satisfaz o dever de fiscalização e eu diria que a inércia diante de inequívoca denúncia de violação de deveres trabalhistas gera responsabilidade. Diria isso como obiter dictum, para que nós sinalizemos para a Justiça do Trabalho o que nós achamos que é comportamento inadequado. Eu concordo que não fique na tese, mas se nós não dissermos isso, o automático significa: bom, então tá, não é automático; eu verifiquei que ela não fiscalizou todos os contratos"* (fl. 347).

Trechos de votos no RE nº 760.931 sobre a necessidade de prova concreta: *"Não é válida a responsabilização subsidi-*

ária da Administração Pública: 1) com base em afirmação genérica de culpa in vigilando sem indicar, com rigor e precisão, os fatos e as circunstâncias que configuram a sua culpa in vigilando"; "a Justiça do Trabalho não pode condenar genericamente por culpa in vigilando, tem que demonstrar qual foi a culpa"; "A responsabilização da União é a exceção e, portanto, precisa ser provada" (Ministro Luís Roberto Barroso, fls. 219/220); "A alegada ausência de comprovação, em juízo, (...) da efetiva fiscalização do contrato administrativo não substitui a necessidade de prova taxativa no nexo de causalidade entre a conduta da Administração e o dano sofrido pelo trabalhador"; "no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF, a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública desacompanhada da demonstração efetiva e suficiente da irregularidade de seu comportamento, comissivo ou omissivo, quanto à fiscalização do contrato de prestação de serviços, é rigorosamente, fragorosamente e exemplarmente contrário à Constituição, porque o artigo 37, § 6º, trata de responsabilidade objetiva patrimonial ou extracontratual. Aqui é responsabilidade contratual" (Ministra Carmen Lúcia, fl. 312); "O Supremo Tribunal Federal fixou, na ADC 16, que a mera inadimplência não pode converter a Administração Pública em responsável por verbas trabalhistas, decidindo que não é todo e qualquer

episódio de atraso na quitação de verbas trabalhistas que pode ser imputado subsidiariamente ao Poder Público, mas só aqueles que tenham se reiterado com a conivência comissiva ou omissiva do Estado. Não me parece que seja automaticamente dedutível, da conclusão deste julgamento, um dever estatal de fiscalização do pagamento de toda e qualquer parcela, rubrica por rubrica, verba por verba, devida aos trabalhadores. O que pode induzir à responsabilização do Poder Público é a comprovação de um comportamento sistematicamente negligente em relação aos terceirizados; ou seja, a necessidade de prova do nexo de causalidade entre a conduta comissiva ou omissiva do Poder Público e o dano sofrido pelo trabalhador" (Ministro Alexandre de Moraes, fl. 323); "A conclusão aqui, pelo que entendi, foi no sentido de que o ônus da prova é sempre do reclamante e que se exige prova robusta nessa linha. Essa, segundo entendi, a solução emprestada pela Suprema Corte ao tema em debate; com todo respeito, foi o que eu compreendi" (Ministra Rosa Weber, fl. 337); "comprovação é demonstração mesmo e não referências"; "Comprovação não é apenas referência, como vinha sendo feito" (Ministra Carmen Lúcia, fls. 338 e 342).

No caso, o TRT consignou que "Os documentos apresentados nos autos juntamente com a contestação da Caixa Econômica Federal, afinal, revelam que a tomadora sempre

acompanhou de perto o pagamento dos salários, recolhimentos previdenciários e do FGTS, tanto que nas ocasiões em que a empregadora não honrou com suas obrigações, a tomadora dos serviços assumiu o pagamento dos trabalhadores. Tendo se tornado recorrente a conduta da empregadora em não realizar o pagamento dos salários, a Caixa Econômica providenciou a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviços, impondo à prestadora a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a CAIXA pelo prazo de dois anos."

Quanto às provas, aplica-se a Súmula n.º 126 do TST.

No mais, a decisão do Regional está em sintonia com a Súmula n.º 331, IV e V, do TST e a decisão do Pleno do STF, o conhecimento do recurso de revista encontra óbice no § 7º do artigo 896 da CLT.

A incidência das Súmulas n.º 126 e 331 do TST e do § 7º do artigo 896 da CLT afasta a viabilidade do conhecimento do recurso de revista com base na fundamentação jurídica invocada pela parte.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento.

II – RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE

1. CONHECIMENTO

1.1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMEN-

TO DE SALÁRIO E DAS VERBAS RESCISÓRIAS

A fim de demonstrar o prequestionamento, a parte indicou o seguinte trecho do acórdão recorrido:

“ Por fim, busca o reclamante a condenação da reclamada ao pagamento de indenização pelo dano moral decorrente do reiterado atraso no pagamento de seus salários, bem como em razão da ausência de pagamento das verbas rescisórias.

Sem razão, contudo.

O dano moral consiste na violação de um bem integrante da personalidade da vítima, violação esta da qual resultam sofrimento e humilhação capazes de atingir o sentimento de dignidade do ofendido.

No caso, mesmo reconhecida a mora salarial e o não-pagamento de verbas rescisórias pelo empregador, tais circunstâncias não são fatores determinante do abalo moral apontado pelo autor, não sendo aptas, por si sós, para causar sentimentos de humilhação, constrangimento ou vergonha, capazes de atingir sua honra e dignidade, justificadores de eventual reparação de ordem moral.

Nesse sentido, o entendimento atual do C. Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE (ROGÉRIO OLDAIR SEVERO). INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. I. O entendimento desta Corte Super-

rior é no sentido de que o atraso no pagamento de salário não enseja o pagamento de indenização por danos morais, porquanto tal situação, isoladamente considerada, não importa resultado lesivo à honra ou à imagem das pessoas. II. Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 70100-08.2009.5.04.0008 - Data de Julgamento: 09/03/2016, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016)

O entendimento que prevalece, portanto, é no sentido de que o descumprimento de obrigações trabalhistas, isoladamente considerado, não acarreta violação aos direitos da personalidade, devendo o trabalhador comprovar que em razão da violação foi submetido à situação vexatória ou humilhante.

Assim, não comprovado o efetivo dano moral experimentado pelo reclamante, assim como a prática pela reclamada de ato que pudesse ter causado abalos de dessa ordem, não subsiste o dever de indenizar.

Nego provimento.”

Nas razões do recurso de revista, o reclamante sustenta que é devida indenização por danos morais em razão dos constantes atrasos no pagamento dos salários e do não pagamento das verbas rescisórias. Colaciona arestos.

Ao exame.

Foram atendidos os requisitos do art. 896, §1º-A, da CLT.

Em relação às **verbas rescisórias**, conforme jurisprudência desta Corte, o deferimento de

indenização por danos morais com base em mera presunção da ocorrência de fatos danosos não é cabível. É necessária a comprovação de ao menos algum fato objetivo do qual se pudesse inferir que houve abalo moral, o que não ocorreu no caso, segundo o TRT.

Nesse contexto, o que gera o dano não é a mora em si, mas as circunstâncias nas quais se configurou, e/ou as consequências eventualmente advindas desse atraso, como, por exemplo, a inscrição do devedor em cadastros de inadimplência, entre outros casos.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

2) INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATRASO NO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. **A jurisprudência desta Corte tem considerado pertinente o pagamento de indenização por dano moral nos casos de atrasos reiterados nos pagamentos salariais mensais. Porém, não tem adotado a mesma conduta quanto ao atraso na quitação de verbas rescisórias, por existir, na hipótese, apenação específica na CLT (multa do art. 477, § 8º, CLT), além da possibilidade da incidência de uma segunda apenação legal, fixada no art. 467 da Consolidação.** Desse modo, no caso de atraso rescisório, para viabilizar a terceira agregação de valor (indenização por dano moral), seria necessária a evidenciação de constrangimentos específicos surgidos, aptos a afetar a hon-

ra, a imagem ou outro aspecto do patrimônio moral do trabalhador. Recurso de revista não conhecido neste tópico. (RR - 1858-19.2013.5.15.0018, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 05/08/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 14/08/2015)

DANO MORAL. ATRASO NO PAGAMENTO DE VERBAS SALARIAIS. A premissa fática registrado no acórdão recorrido é de que houve atraso no pagamento de verbas salariais. Não consta a premissa fática de atrasos reiterados de salários. **Somente o atraso reiterado no pagamento dos salários enseja o pagamento de indenização a título de dano moral, pois, nesse caso, o dano moral verifica-se in re ipsa, o que não é caso dos autos.** Súmula nº 126 do TST. Recurso de revista de que não se conhece. Processo: RR - 34400-62.2010.5.17.0011 Data de Julgamento: 16/03/2016, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016.

ATRASO NO PAGAMENTO DAS VERBAS RESCISÓRIAS. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. **O pagamento a destempo das verbas rescisórias não resulta dano moral in re ipsa, mas depende da comprovação de real prejuízo e constrangimento ocorridos por culpa do empregador, circunstância não demonstrada neste caso.** Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (RR

- 21495-95.2014.5.04.0027 ,
Relator Ministro: Aloysio Corrêa
da Veiga, Data de Julgamento:
20/04/2016, 6ª Turma, Data de
Publicação: DEJT 29/04/2016)

Os julgados citados trazem teses que levam em conta situações similares à examinada no caso concreto, demonstrando o entendimento desta Corte Superior sobre a matéria, o qual também deve ser aplicado neste processo.

Em relação ao **pagamento dos salários**, de acordo com o trecho transcrito, a alegação do reclamante, não afastada pelo TRT, é de atraso reiterado de salários.

Com efeito, o Regional assentou que *"mesmo reconhecida a mora salarial e o não-pagamento de verbas rescisórias pelo empregador, tais circunstâncias não são fatores determinante do abalo moral apontado pelo autor, não sendo aptas, por si sós, para causar sentimentos de humilhação, constrangimento ou vergonha, capazes de atingir sua honra e dignidade, justificadores de eventual reparação de ordem moral"*.

Esta Turma entende que o atraso reiterado no pagamento dos salários enseja a indenização a título de dano moral, pois, nesse caso, o dano moral verifica-se *in re ipsa*.

Com efeito, a Constituição Federal, especialmente em seu art. 5º, V e X, estabeleceu o dano moral como ilícito passível de reparação, a exemplo daqueles causados à honra, intimidade e imagem do indivíduo, expressões pró-

prias dos direitos da personalidade.

As previsões do artigo 5º, V e X, aliadas ao caráter protetivo do direito do trabalho e às demais garantias expressas da Carta Magna, relativas à natureza de direito social fundamental do trabalho e das necessidades básicas que ele viabiliza (saúde, moradia, lazer, etc.), levam ao dever de indenizar, em caso como o dos autos.

O fato de o empregado estar privado, ainda que temporariamente, dos recursos necessários à sua subsistência, considerando principalmente que o salário tem natureza alimentar e recebe especial proteção constitucional, revela a gravidade do fato e o prejuízo causado ao trabalhador.

E, portanto, caracterizada a conduta ilícita patronal e demonstrados os pressupostos para a responsabilização civil (ação ou omissão culposa ou dolosa do agente, nexo de causalidade e dano experimentado pela vítima), é devida a indenização por dano moral postulada, nos termos dos artigos 1º, 5º, X, 6º, *caput*, e 7º, X, da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil.

Citem-se, por oportuno, os seguintes julgados da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais:

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MORA REITERADA NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. DESNECESSIDADE DE COMPROVA-

ÇÃO DE PREJUÍZO. DANO *IN RE IPSA*. Denota-se do acórdão regional, transcrito na decisão da Turma, que houve mora contumaz no pagamento dos salários, tanto que ensejou a rescisão indireta do contrato de emprego. A reclamante não necessitava demonstrar que a inadimplência contratual acarretou prejuízos à sua esfera íntima e moral. Nessas circunstâncias, é presumível que a empregada se sentisse insegura e apreensiva. Esse estado de constante apreensão compromete a tranquilidade psíquica e agride a dignidade da pessoa humana, ou seja, do trabalhador que cumpriu sua obrigação prevista no contrato de trabalho, mas não recebeu por isso. Não se trata apenas de um contrato não cumprido, que se difere das regras do Direito Civil, pois, no contrato de trabalho, a força de trabalho do empregado é contraprestada pelo pagamento de salário, que possui natureza alimentar. O salário constitui o único meio de subsistência do trabalhador. A ausência do cumprimento do dever do empregador de pagar os salários no prazo legal impede o trabalhador não apenas de arcar com os custos de sua subsistência e de sua família, mas também de assumir novos compromissos, em face da incerteza no recebimento dos salários na data aprezada na lei. Portanto, a consequência do descumprimento das obrigações do empregador no pagamento de salários no prazo legal é a impossibilidade do trabalhador de cumprir seus compromissos, por fatos

totalmente alheios a ele. Não se pode olvidar que o risco da atividade econômica não é do trabalhador, mas do empregador. Qualquer pessoa que não recebe seus salários no prazo legal sofre abalo psicológico, principalmente aquele que conta apenas com o salário para sua subsistência. Não é necessário nenhum esforço para se chegar a essa conclusão. Ressalta-se a máxima “o extraordinário se prova e o ordinário se presume”. Portanto, o ato ilícito praticado pelos reclamados acarreta dano moral *in re ipsa*, que dispensa comprovação da existência e da extensão, sendo presumível em razão do fato danoso. Nesse sentido se pacificou o entendimento da egrégia SbDI-1 desta Corte, por ocasião do julgamento do Processo nº E-RR-971-95.2012.5.22.0108, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, julgado em sessão completa, cujo julgamento se ultimou em 23/10/2014, em decisão proferida por maioria de votos, no sentido da desnecessidade da comprovação de prejuízo sofrido pelo empregado, decorrente do recebimento de seus salários com atraso, para ensejar a condenação do empregador à indenização por dano moral, considerado dano *in re ipsa*. Embargos conhecidos e providos.” (E-RR-1436-94.2011.5.04.0511, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 19/10/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 27/10/2017)

“RECURSO DE EMBARGOS. RE-GÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Esta Subseção Especializada firmou o entendimento de que o atraso reiterado no pagamento de salários configura, por si só, lesão aos direitos da personalidade do empregado, sendo atribuída ao empregador inadimplente no cumprimento da obrigação a responsabilidade pela compensação dos danos, sem necessidade de prova do abalo psicológico sofrido pela vítima (dano “in re ipsa”), pois a lesão moral decorre da conduta ilegal e/ou antijurídica da empresa, com repercussões danosas na vida privada e a dignidade do empregado, que reiteradamente se vê privado da contraprestação salarial de caráter alimentício por culpa do empregador, que, por isso, deve pagar indenização compensatória, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal. Recurso de embargos conhecido e provido.” (E-Ag-RR-202-94.2013.5.05.0021, Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 14/09/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/09/2017)

“RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/07. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO PELA SIMPLES OCORRÊNCIA DO FATOS.

1. No caso, o atraso reiterado no pagamento dos salários da reclamante é premissa fática incontroversa nos autos. Sobre tal premissa, a Eg. Turma erigiu a tese de que basta comprovação de atraso no pagamento dos salários para configurar dano moral *in re ipsa* e, assim, gerar a indenização correspondente. 2. Embora os atrasos no cumprimento das obrigações trabalhistas, em regra, acarretem apenas danos patrimoniais, sanados com a condenação ao pagamento das parcelas correspondentes, no caso, configura-se também o dano moral, porquanto inegável que houve reiterado atraso no pagamento dos salários da trabalhadora. 3. O atraso no pagamento dos salários não se limita a meros dissabores, já que deixa o trabalhador em total insegurança quanto ao futuro, sem poder se programar quanto à adimplência de seus compromissos financeiros. A contumaz imp pontualidade “quebra” toda a programação e organização mensal do empregado para o pagamento de contas, gerando-lhe insegurança e natural angústia. 4. Nesse sentido são os precedentes da C. SbDI-1 do TST. Recurso de embargos conhecido, por divergência jurisprudencial, e não provido.” (E-ARR - 241400-36.2009.5.09.0093, Relator Ministro: Hugo Carlos Scheuermann, Data de Julgamento: 14/04/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/04/2016)

“RECURSO DE EMBARGOS. VI-GÊNCIA DA LEI Nº 13015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. AUSÊNCIA DE REAJUSTE SALARIAL DE 2004 A 2012. CONTRATO DE TRABALHO QUE PERDUROU POR MAIS DE 40 ANOS. DANO IN RE IPSA. A delimitação trazida no julgado embargado permite verificar dano moral indenizável, porque presumido o sofrimento da empregada diante do dano sofrido pelo atraso injustificado no pagamento dos salários, do longo período do contrato de trabalho, mais de 40 anos, e ainda porque constatado que de 2004 a 2012 a autora não obteve nenhum reajuste salarial. Inafastável o entendimento do eg. Tribunal Regional de que há dano in re ipsa, pelo evidente constrangimento à autora, decorrente da conduta do Sindicato, cuja mora salarial contumaz, em conjunto com o descumprimento de direitos trabalhistas por longo período de tempo, determinou a rescisão indireta do contrato de trabalho da autora, aos 72 anos de idade. Restabelecimento da decisão de origem que se impõe. Precedentes. Recurso de Embargos conhecido e provido.” (E-RR - 98-21.2012.5.05.0027, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 31/03/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 08/04/2016)

“EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB

A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. DANO MORAL. COMPENSAÇÃO. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS. NÃO PROVIMENTO. 1. Segundo a atual jurisprudência desta Corte Superior, o atraso reiterado no pagamento de salários, por si só, gera lesão aos direitos da personalidade, uma vez que impede o empregado de honrar os seus compromissos e prover o sustento próprio e de sua família, presumindo-se o dano em tais casos. Precedentes. Ressalva de entendimento do Relator. 2. Recurso de embargos de que se conhece e a que se nega provimento.” (E-RR - 1250-49.2012.5.04.0701, Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 10/03/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 18/03/2016)

“DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. ATRASO REITERADO NO PAGAMENTO DE SALÁRIOS 1. A mora salarial reiterada acarreta, por si só, lesão aos direitos da personalidade, porque o empregado não consegue honrar compromissos assumidos e tampouco prover o sustento próprio e de sua família. A lesão à dignidade do empregado nesse caso é presumida. Precedentes da SbDI-1 do TST. 2. Embargos da Reclamante de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se dá provimento. (E-ARR - 155400-04.2011.5.17.0008, Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 03/03/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais)

ais, Data de Publicação: DEJT 11/03/2016)

No caso concreto, verifica-se que o TRT não rejeitou o pedido por falta de prova dos fatos alegados pelo reclamante, mas, sim, por falta de prova de prejuízos materiais decorrentes dos fatos alegados - o que é inexigível, na medida em que o pedido é de indenização por danos imateriais, constatáveis *in re ipsa* na reiteração de atraso de salários.

Os arestos transcritos a fls. 1928/1929, oriundos dos TRT's das 3º e 4º Regiões, apresentam tese divergente da exposta pelo Tribunal Regional, ao decidirem, em suma, que o atraso reiterado no pagamento dos salários, fere o princípio da dignidade da pessoa humana, o que enseja a reparação.

Conheço, por divergência jurisprudencial.

2. MÉRITO

2.1. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIO E DAS VERBAS RESCISÓRIAS

Como consequência do conhecimento do recurso de revista, por divergência jurisprudencial, deve ser provido o recurso de revista, para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por dano moral, decorrente dos atrasos reiterados de salário.

Nesse passo, cumpre fixar o *quantum* indenizatório, já que tanto a Vara do Trabalho quanto

o Tribunal Regional de origem negaram a pretensão formulada pelo reclamante.

Pois bem, na fixação do montante da indenização por danos morais, devem ser levados em consideração os critérios da proporcionalidade, da razoabilidade, da justiça e da equidade, não havendo norma legal que estabeleça a forma de cálculo a ser utilizada para resolver a controvérsia, pois o artigo 944 do Código Civil apenas estabelece que a indenização é medida pela extensão do dano.

A par dessas considerações, de acordo com o entendimento doutrinário e jurisprudencial, na fixação do montante devem ser observados os seguintes objetivos: compensar a vítima pela lesão ao direito da personalidade e servir como medida pedagógica ao ofensor.

Assim, a partir do quadro fático descrito no acórdão recorrido, aliado ao fato de que foi reconhecida a rescisão indireta, com base no art. 483, d, da CLT, em razão do reiterado atraso no pagamento

dos salários, arbitro o montante da indenização por danos morais em **R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)**.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso de revista do reclamante para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Juros e correção monetária nos termos da Súmula nº 439 do TST.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I – negar provimento ao agravo de instrumento do reclamante; II - conhecer do recurso de revista do reclamante quanto ao tema “INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NO PAGAMENTO DE SALÁRIO E DAS VERBAS RESCISÓRIAS”, por divergência jurisprudencial e, no mérito, dar-

lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Juros e correção monetária nos termos da Súmula nº 439 do TST.

Brasília, 28 de fevereiro de 2018.

Firmado por assinatura digital
(MP 2.200-2/2001)

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA
Ministra Relatora

Tribunal Superior do Trabalho

Processo trabalhista. Fase de execução. Multa do CPC/1973. Art. 475-J. Inaplicabilidade.¹

EMENTA OFICIAL

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). APLICAÇÃO ÀS EXECUÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. Demonstrada a possível violação do artigo 5º, LIV, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento, a fim de determinar o processamento do Recurso de Revista. RECURSO DE REVISTA PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). APLICAÇÃO ÀS EXECUÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Tribunal Pleno desta Corte superior, no julgamento do TST-IRR-1786-24.2015.5.04.0000, em 21/8/2017, decidiu que o artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 (artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973) é incompatível com o Processo do Trabalho. 2. A Consolidação das Leis do

Trabalho traz regramento específico quanto à execução, resultando inaplicável a multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 ao Processo do Trabalho, sob pena de violação do artigo 5º, LIV, da Constituição da República. Precedentes desta Corte superior. 3. Recurso de Revista conhecido e provido.

(RR - 46700-85.2005.5.01.0008 , Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 21/02/2018, 1ª Turma, DEJT 23/02/2018)

ACÓRDÃO (1ª Turma) GMLBC/joj/

AGRAVO DE INSTRUMENTO PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). APLICAÇÃO ÀS EXECUÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. Demonstrada a possível violação do artigo 5º, LIV, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento, a fim de de-

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2015&numProcInt=227353&dtaPublicacaoStr=23/02/2018%2007:00:00&nia=7073896>>

terminar o processamento do Recurso de Revista. **RECURSO DE REVISTA PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). APLICAÇÃO ÀS EXECUÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE. 1.** O Tribunal Pleno desta Corte superior, no julgamento do TST-IRR-1786-24.2015.5.04.0000, em 21/8/2017, decidiu que o artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 (artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973) é incompatível com o Processo do Trabalho. **2.** A Consolidação das Leis do Trabalho traz regramento específico quanto à execução, resultando inaplicável a multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 ao Processo do Trabalho, sob pena de violação do artigo 5º, LIV, da Constituição da República. Precedentes desta Corte superior. **3.** Recurso de Revista conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-46700-85.2005.5.01.0008**, em que é Recorrente **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e Recorrida **TANIA MARA FERREIRA**.

Inconformada com a decisão monocrática proferida às pp. 1.058/1.059 do Sistema de Informações Judiciárias (eSIJ), aba "Visualizar Todos (PDFs)", mediante a qual se denegou seguimen-

to ao seu Recurso de Revista, porquanto não configurada a hipótese do artigo 896, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, interpõe a executada o presente Agravo de Instrumento.

Alega a agravante, mediante razões aduzidas às pp. 1.071/1.074 do eSIJ, que seu Recurso de Revista merecia processamento, porquanto comprovada a afronta a dispositivos de Lei Federal e da Constituição da República.

Foram apresentadas contramemória e contrarrazões.

Autos não submetidos a parecer da douta Procuradoria-Geral do Trabalho, à míngua de interesse público a tutelar.

É o relatório.

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO I - CONHECIMENTO

Observada a cláusula constitucional que resguarda o ato jurisdicional (processual) perfeito (artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República), o cabimento e a admissibilidade deste Agravo de Instrumento serão examinados à luz da legislação processual vigente à época da publicação da decisão agravada.

O apelo é tempestivo. A decisão monocrática foi publicada em 24/10/2014, sexta-feira, e as razões recursais protocolizadas em 3/11/2014. A reclamada está regularmente representada nos autos, consoante procuração acostada às pp. 1.052/1.054 do eSIJ e substabelecimento à p. 1.075 do eSIJ.

II – MÉRITO
PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). APLICAÇÃO ÀS EXECUÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE.

A Exma. Desembargadora Vice-Presidente do Tribunal Regional da 1ª Região denegou seguimento ao Recurso de Revista interposto pela executada sob os seguintes fundamentos (pp. 1.058/1.059 do eSIJ):

PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / Penalidades Processuais / Multa do Art. 475-J do CPC. Alegação(ões):- violação do(s) artigo 5º, inciso II; artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal.- violação d(a,o)s Consolidação das Leis do Trabalho, artigo 769; artigo 880; artigo 889.- divergência jurisprudencial: folha 588, 2 arestos. Trata-se de recurso contra decisão proferida no julgamento de agravo de petição. Esta peculiaridade exige o enquadramento do recurso nos estritos limites traçados pelo artigo 896, § 2º, da CLT. No caso dos autos, não se verifica a referida adequação, isso porque inexistente ofensa direta e literal à Constituição da República, restando inviável o pretendido processamento. CONCLUSÃO NEGATIVA seguimento ao recurso de revista.

Sustenta a agravante, em suas razões recursais, ser inaplicável o rito previsto no artigo 475-J do

Código de Processo Civil de 1973 no Processo do Trabalho, em virtude de o processo de execução trabalhista encontrar-se disciplinado na Consolidação das Leis do Trabalho. Aponta violação dos artigos 769, 889 e 880 da Consolidação das Leis do Trabalho, e 5º, II e LIV, da Constituição da República, além de transcrever arestos para o confronto de teses.

Ao exame.

Cinge-se a controvérsia a definir se o artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015) é aplicável ao processo do trabalho, em face da previsão específica da Consolidação das Leis do Trabalho quanto à execução.

Ante a possível violação do artigo 5º, LIV, da Constituição da República, **dou provimento ao Agravo de Instrumento.**

Encontrando-se os autos suficientemente instruídos, proponho, com apoio no artigo 897, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho (Lei n.º 9.756/1998), o julgamento do recurso na primeira sessão ordinária subsequente à publicação da certidão de julgamento do presente agravo, reatuando-o como Recurso de Revista, observando-se daí em diante o procedimento relativo a este último.

RECURSO DE REVISTA
I - CONHECIMENTO
1 - PRESSUPOSTOS GENÉRICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

Observada a cláusula constitucional que resguarda o ato jurídico (processual) perfeito (artigo 5º, XXXVI, da Constituição da República), o cabimento e a admissibilidade deste Recurso de Revista serão examinados à luz da legislação processual vigente à época da publicação da decisão recorrida.

O apelo é tempestivo. O acórdão foi publicado em 18/9/2014, quinta-feira, e as razões recursais protocolizadas em 25/9/2014. A executada está regularmente representada nos autos, consoante procuração acostada às pp. 1.052/1.054 do eSIJ, e substebelecimento à p. 1.051 do eSIJ.

2 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL.

PROCESSO EM FASE DE EXECUÇÃO. MULTA PREVISTA NO ARTIGO 475-J DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 (ARTIGO 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015). APLICAÇÃO ÀS EXECUÇÕES NO PROCESSO DO TRABALHO. IMPOSSIBILIDADE.

Manteve a Corte de origem a condenação da executada ao pagamento da multa prevista no artigo 475-J do CPC de 1973, adotando, para tanto, as seguintes razões de decidir, expressas às pp. 1.039/1.041 do eSIJ:

A agilização se harmoniza, ou, melhor dizendo, instrumentaliza a nova garantia constitucional, contida no inciso LXXVIII do art. 50 da Carta Magna.

É certo que a matéria ainda desperta polêmica na jurisprudência trabalhista, inclusive no TST.

Atualmente, o que se tem de concreto são os dispositivos da CLT, da Lei dos Executivos Fiscais (LEF) e do CPC, aplicados sucessivamente ao processo de execução trabalhista, sem que haja colisão.

O artigo 10 da Lei nº 6.830/180, ao qual o operador de direito é remetido pelo artigo 889 da CLT, prevê a aplicação supletiva do CPC, obviamente, ressalvadas as hipóteses em que um ou outro diploma legal for omissos, e naquilo em que compatíveis.

No caso, a CLT não prevê a imposição da multa de que trata o art. 475-J do CPC, nem qualquer outro meio coercitivo para desestimular a frequente demora no pagamento. Tampouco o faz a Lei de Executivo Fiscal. Então, pode-se afirmar que omissas ambas as legislações neste aspecto. Também não se vislumbra incompatibilidade, até porque o referido dispositivo não revogou as demais normas da execução cível, ou seja, não alterou os procedimentos paralelos na execução forçada, como é o caso da penhora. Apenas acrescentou um meio coercitivo para que o devedor se apresse em pagar a dívida.

À vista de tudo o que foi dito, concluo que não há óbice à aplicação do mencionado art. 475-J do CPC no processo trabalhista. Ao contrário, além de compatível com as normas processuais da execução trabalhista, contribui para o cumprimento da garantia constitucional da célere tramitação dos feitos. Nego provimento.

Sustenta a executada, em suas razões recursais, ser inaplicável o rito previsto no artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973, no Processo do Trabalho, em virtude de o processo de execução trabalhista encontrar-se disciplinado na Consolidação das Leis do Trabalho. Aponta violação do artigo 5º, II e LIV, da Constituição da República, além de transcrever arestos para o confronto de teses.

Ao exame.

Cinge-se a controvérsia a definir se o artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 (atual artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015) é aplicável ao processo do trabalho, em face da previsão específica da Consolidação das Leis do Trabalho quanto à execução.

Trata-se de recurso de revista interposto a acórdão prolatado em processo de execução, cujo cabimento depende de demonstração inequívoca de violação direta da Constituição da República, consoante dispõem o § 2º do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho e o entendimento consagrado na Súmula n.º 266 deste Tribunal Superior. Afasta-se, assim, a tentativa de caracterização de divergência jurisprudencial.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz regramento específico quanto à execução no âmbito da Justiça do Trabalho. Dispõe, em seus artigos 876 a 892, sobre a forma como se processará a execução nesta Justiça especializada, estabelecendo que o executado

será citado para o cumprimento da decisão ou acordo, no modo e sob as cominações estabelecidas, ou para o pagamento, quando se tratar de condenação em dinheiro, da quantia devida no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de penhora (artigo 880).

A disposição do artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015), por outro lado, traz regramento específico para o âmbito de sua aplicação, dispondo que o devedor deverá ser intimado para o cumprimento da sentença no prazo de quinze dias, sob pena de acréscimo de dez por cento ao montante da condenação a título de multa.

Por ocasião do julgamento do IRR-1786-24.2015.5.04.0000 (Relator: Exmo. Ministro Mauricio Godinho Delgado, data do julgamento: 21/8/2017), sob o rito do Incidente de Recursos de Revista Repetitivos, o Tribunal Pleno desta Corte superior consolidou entendimento no sentido de que o artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 (artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973) é incompatível com o processo do trabalho.

Consignou-se, na ocasião, que os dispositivos em comparação estão a disciplinar procedimentos diferentes para a execução.

De acordo com o artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho, as disposições do Código de Processo Civil somente poderão ser aplicadas no âmbito trabalhista nos casos omissos, o que, evi-

dentemente, não se enquadra na presente hipótese, em que há regramento específico.

Diante disso, a determinação da Corte de origem, no sentido da aplicação do regramento civil na execução trabalhista, em detrimento das normas próprias e específicas da Consolidação das Leis do Trabalho, afronta o artigo 5º, LIV, da Constituição da República.

Nesse sentido orientaram-se os seguintes precedentes deste colendo Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. 1. Hipótese em que o Tribunal Regional adotou o entendimento de que “não há incompatibilidade entre o disposto no artigo 475-J do CPC e o artigo 880 da CLT, que cuida da execução trabalhista”. 2. A jurisprudência desta Corte Superior está sedimentada no sentido de que inaplicável à situação em exame a regra contida no art. 475-J do CPC, porque não se visualiza omissão na Consolidação das Leis do Trabalho, tampouco compatibilidade da norma processual civil com as normas processuais trabalhistas. 3. A decisão regional em contrário, proferida em execução, viola a norma insculpida no art. 5º, II, da Constituição da República. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-2100-56.2006.5.15.0039, Relator Ministro Hugo Carlos Scheuermann, **1ª Turma**, pu-

blicado no DEJT de 23/05/2014);

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - EXECUÇÃO - MULTA DO ART. 475-J DO CPC - INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO. Diante de possível violação do art. 5º, II, da Constituição da República, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento a que se dá provimento. **II - RECURSO DE REVISTA - EXECUÇÃO - 1. MULTADO ART. 475-J DO CPC - INAPLICABILIDADE AO PROCESSO DO TRABALHO.** O Tribunal Regional entendeu aplicável ao Processo do Trabalho o art. 475-J do CPC. A execução de sentença proferida na Justiça do Trabalho está regulamentada nos arts. 876 e 892 da CLT. É claro o art. 880 ao dispor que o executado, quando condenado, será citado para que proceda ao pagamento do débito em 48 horas ou garanta a execução, sob pena de penhora. Por outro lado, nos termos do artigo 475-J do CPC, o devedor condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação tem o prazo de quinze dias para cumprir a sentença, sob pena de serem acrescidos dez por cento ao montante da condenação, a título de multa. Verifica-se, portanto, que a CLT traz parâmetros próprios para a execução, especificamente quanto à forma e ao prazo, o que não justifica a aplicação do citado art. 475-J do CPC. Assim, não é possível, na hipótese, a inci-

dência do art. 769 da CLT, que autoriza a aplicação das regras do Direito Processual Civil nos casos em que houver omissão. Precedentes. Ofensa ao art. 5º, II, da Constituição Federal configurada. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST-RR-36-28.2011.5.09.0892, Relator Desembargador Convocado Valdir Florindo, 2ª Turma, publicado no DEJT de 28/03/2014);

MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO.

4.1. O princípio do devido processo legal é expressão da garantia constitucional de que as regras pré-estabelecidas pelo legislador ordinário devem ser observadas na condução do processo, assegurando-se aos litigantes, na defesa dos direitos levados ao Poder Judiciário, todas as oportunidades processuais conferidas por Lei. 4.2. A aplicação das regras de direito processual comum, no âmbito do Processo do Trabalho, pressupõe a omissão da CLT e a compatibilidade das respectivas normas com os princípios e dispositivos que regem este ramo do Direito, a teor dos arts. 769 e 889 da CLT. 4.3. Existindo previsão expressa, na CLT, sobre a postura do devedor em face do título executivo judicial e as consequências de sua resistência jurídica, a aplicação subsidiária do art. 475-J do CPC, no sentido de ser acrescida, de forma automática, a multa de dez por cento sobre o valor da condenação, implica contrariedade aos princípios da legali-

dade e do devido processo legal, com ofensa ao art. 5º, II e LIV, da Constituição Federal, pois subtrai-se o direito do executado de garantir a execução, em quarenta e oito horas, mediante o oferecimento de bens à penhora, nos termos do art. 882 consolidado. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST-ARR-1346-10.2011.5.06.0001, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, publicado no DEJT de 16/05/2014);

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. PROCESSO DO TRABALHO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 5º, II 1. Conquanto recomendável, de lege ferenda, a aplicação da multa do art. 475-J do CPC no Processo do Trabalho encontra óbice intransponível em normas específicas por que se rege a execução trabalhista. 2. Se, de um lado, o art. 475-J do CPC determina ao devedor o depósito obrigatório do valor devido, o art. 882 da CLT abre para o executado a faculdade de garantia do juízo com outro tipo de bem. Manifesto que, se a CLT assegura ao executado o direito à nomeação de bens à penhora, isso logicamente exclui a ordem para imediato pagamento da dívida, sob pena de incidência da multa de 10%. 3. A aplicação à risca do procedimento do art. 475-J do CPC igualmente conflita com a CLT no tocante à exigência de citação, visto que, pela atual sistemática do Processo Civil, não há mais citação do executado em execução

de sentença condenatória para pagamento de dívida, tampouco citação para pagar ou nomear bens à penhora, como se dava outrora. No entanto, esse ainda é o modelo ou o rito abraçado pela CLT para a execução trabalhista (art. 880 da CLT). 4. Outro contraste manifesto entre o procedimento do art. 475-J do CPC e o da CLT repousa nos embargos do devedor: garantido o juízo pela penhora, o art. 884 da CLT assegura ao executado o prazo de cinco dias para opor embargos à execução, ao passo que o § 1º do art. 475-J do CPC faculta ao executado apenas impugnar o título judicial, querendo, no prazo de quinze dias. Ao substituir os embargos à execução, verdadeira ação conexa de cognição, pela impugnação, mero incidente processual desprovido de efeito suspensivo, o CPC introduziu uma inovação sumamente relevante e que ainda mais evidencia o descompasso de procedimentos em cotejo com o Processo do Trabalho. 5. Na prática, a insistência em aplicar-se no âmbito da execução trabalhista o art. 475-J do CPC, não obstante inspirada nos melhores propósitos, apenas retarda a satisfação do crédito exequendo. A desarmonia doutrinária e jurisprudencial multiplica recursos, amplia a sensação de insegurança jurídica e trava a celeridade processual almejada. 6. A aplicação ao Reclamado em execução da penalidade prevista no art. 475-J do CPC ofende o art. 5º, II, da Constituição Federal por adotar norma legal inexistente no Processo do Trabalho e com ele incompatível. 7. Recurso de re-

vista conhecido e provido para excluir do débito a multa do art. 475-J do CPC. (TST-RR-22400-68.1998.5.17.0005, Relator Ministro João Oreste Dalazen, 4ª Turma, publicado no DEJT de 15/04/2014);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO. MULTA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 475-J DO CPC.

Mostra-se prudente o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista, ante a provável violação do artigo 5º, II, da Constituição Federal. Agravo de instrumento provido. **II - RECURSO DE REVISTA. ADMISSIBILIDADE. EXECUÇÃO. MULTA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 475-J DO CPC.** A aplicação de norma processual de caráter supletivo só é possível no Processo do Trabalho quando duas condições simultâneas se apresentam: a) há omissão na CLT quanto à matéria em questão; e b) há compatibilidade entre a norma aplicada e os princípios do Direito do Trabalho. A matéria regida pelo artigo 475-J do CPC está expressamente disciplinada no artigo 883 da CLT, motivo pelo qual é inaplicável ao Processo do Trabalho. Assim, considerando que a sistemática processual trabalhista não impõe a aludida multa, entendo violado o artigo 5º, II, da Constituição Federal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-387300-41.2005.5.09.0303, Relator Ministro Emmanoel Pereira, 5ª Turma, publicado no DEJT de 09/05/2014);

RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. O art. 475-J do CPC determina que o devedor que, no prazo de quinze dias, não tiver efetuado o pagamento da dívida, tenha acrescido multa de 10% sobre o valor da execução e, a requerimento do credor, mandado de penhora e avaliação. A aplicação de norma processual extravagante, no processo do trabalho, está subordinada à omissão no texto da Consolidação. Nos incidentes da execução o art. 889 da CLT remete à Lei dos Executivos Fiscais como fonte subsidiária. Persistindo a omissão, tem-se o processo civil como fonte subsidiária por excelência, como preceitua o art.

769 da CLT. Não há omissão no art. 880 da CLT a autorizar a aplicação subsidiária do direito processual comum. Nesse sentido firmou-se a jurisprudência da c. SDI no julgamento dos leading cases E-RR - 38300-47.2005.5.01.0052 (Relator Ministro Brito Pereira) e E-RR - 1568700-64.2006.5.09.0002 (Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga), julgados em 29/06/2010. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-1276-91.2012.5.03.0081, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, **6ª Turma**, publicado no DEJT de 13/03/2015);

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO. Constatada, na

decisão regional, possível violação ao artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, deve ser provido o agravo de instrumento, viabilizando-se o trânsito da revista, nos moldes do art. 896, §2º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e provido. **RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INAPLICABILIDADE NO PROCESSO DO TRABALHO.** As disposições que regem os processos trabalhista e civil, no tocante à execução por quantia certa decorrente de título judicial, apresentam parâmetros próprios, quanto à forma e ao prazo para cumprimento da sentença condenatória. Inviável, portanto, a aplicação supletiva da multa prevista no art. 475-J do CPC, face à ausência de lacuna normativa e de compatibilidade com as normas do processo do trabalho, nos termos do art. 769 da CLT. Precedentes da SBI-1 desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-40000-82.2008.5.01.0204, Relator Desembargador Convocado André Genn de Assunção Barros, **7ª Turma**, publicado no DEJT de 20/02/2015); trabalho a multa prevista no art. 475-J do CPC, porque a execução trabalhista se processa nos termos dos artigos 876 e seguintes da CLT. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR-81200-58.2006.5.01.0004, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, **8ª Turma**, publicado no DEJT de 05/05/2014).

Ante o exposto, **conheço** do Recurso de Revista por violação do artigo 5º, LIV, da Constituição da República.

II - MÉRITO

Conhecido o Recurso de Revista por violação do artigo 5º, LIV, da Constituição da República, consequência lógica é o seu provimento.

Dou provimento ao recurso para excluir da condenação o pagamento da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015), porque inaplicável ao processo do trabalho.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao Agravo de

Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. Acordam, ainda, por unanimidade, julgando o Recurso de Revista, nos termos do artigo 897, § 7º, da Consolidação das Leis do Trabalho, dele conhecer por violação do artigo 5º, LIV, da Constituição da República e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento da multa prevista no artigo 475-J do Código de Processo Civil de 1973 (artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015), porque inaplicável ao processo do trabalho.

Brasília, 21 de fevereiro de 2018.

Firmado por assinatura digital
(MP 2.200-2/2001)

LELIO BENTES CORRÊA
Ministro Relator

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Vigilância bancária armada ininterrupta. Incompetência do Município para legislar. Inconstitucionalidade.¹

EMENTA OFICIAL

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM RAZÃO DA INCOMPETÊNCIA LEGISLATIVA. MATÉRIA DE DEFESA A DIREITO SUBJETIVO. POSSIBILIDADE.

1. O Mandado de Segurança visa resguardar direito líquido e certo, negado ou ameaçado por autoridade pública no exercício de atribuição do poder público.

2. A parte impetrante demonstrou a violação de seu direito líquido e certo, uma vez que o Município de Piratini não detém competência para legislar sobre a obrigatoriedade das agências bancárias e cooperativas de crédito contratem serviço de vigilância armada, diuturnamente, in-cluindo final de semana e feri-

ados. Portanto, a Lei Municipal nº 1695/2016 reveste-se de inconstitucionalidade arguível como matéria de defesa a direito subjetivo, o que importa na manutenção da segurança concedida em sentença.

3. O recurso de apelação esgotou a análise da matéria, restando prejudicada a remessa necessária.

À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E JULGARAM PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA.

AC nº 70075680066, Relator Desembargador João Barcelos de Souza Júnior, Data de Julgamento 28/03/2018, 2ª Câmara Cível, DJe RS 06/04/2018.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara

¹ Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075680066%26num_processo%3D70075680066%26codEmenta%3D7696371+70075680066&ie=UTF-8&access=p&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70075680066&comarca=Comarca%20de%20Piratini&dtJulg=28/03/2018&relator=Jo%C3%A3o%20Barcelos%20de%20Souza%20Junior&aba=juris>

Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso e julgar prejudicada a remessa necessária.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores Des.^a Lúcia de Fátima Cerveira (Presidente) e Des. Ricardo Torres Hermann.

Porto Alegre, 28 de março de 2018.

DES. JOÃO BARCELOS
DE SOUZA JÚNIOR,

Relator.

RELATÓRIO

Des. João Barcelos de Souza Júnior (RELATOR)

Cuida-se de apelação (fl. 91), apresentada pelo MUNICÍPIO DE PIRATINI, contra sentença de fls. 87/89v que concedeu a segurança postulada pela COOPERATIVA DE CRÉDITO DE LIVRE ADMISSÃO DE ASSOCIADOS DA REGIÃO CENTRO DO RS – SICREDI, para reconhecer a inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 1695/2016 e decretar sua ineficácia.

Em razões, o Município de Piratini entende ser parte competente para legislar sobre a matéria, uma vez que o artigo 30, I, da Constituição Federal, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assegura autonomia municipal para elaboração de leis destinadas à garantia do melhor atendimento e conforto aos usuários de serviços bancários. Diz que tanto é verdade

que a própria constituição, em seu artigo 144, § 8º, garante aos municípios o direito de constituir guardas municipais com a finalidade de proteger seus bens, serviços e instalações. Pede pelo provimento do recurso.

A impetrante ofereceu contrarrazões às fls. 96/102.

O Ministério Público opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 104/108).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTOS

Des. João Barcelos de Souza Júnior (RELATOR)

Eminentes Colegas.

A COOPERATIVA DE CRÉDITO DE LIVRE ADMISSÃO DE ASSOCIADOS DA REGIÃO CENTRO DO RS – SICREDI impetrou mandado de segurança contra ato praticado pelo Prefeito Municipal de Piratini e Secretário Municipal de Finanças para reconhecer a ilegalidade da Lei Municipal nº 1695/2016, que determinou às agências bancárias e cooperativas de crédito do Município de Piratini contra-tem serviço de vigilância armada, dioturnamente, incluindo final de semana e feriados.

A segurança foi concedida e, desta decisão, recorre o ente municipal.

O recurso não merece acolhida.

Inicialmente, é de ser destacado que, embora o juízo de primeiro grau não possa declarar inconstitucional uma lei municipal, pois essa é competência do

Órgão Especial do Tribunal de Justiça, tal pode ser conhecida como matéria de defesa a direito subjetivo que visa a parte resguardar. O que é o caso dos autos.

O Mandado de Segurança visa resguardar direito líquido e certo, negado ou ameaçado por autoridade pública no exercício de atribuição do poder público.

Na lição do Mestre Pontes de Miranda¹ o direito líquido e certo é aquele “que não desperta dúvidas, que está isento de obscuridades, que não precisa ser aclarado com o exame de provas em dilações; que é, de si mesmo, concludente e inconcusso”.

No caso, a parte impetrante demonstrou a violação de seu direito líquido e certo, uma vez que o Município de Piratini não detém competência para legislar sobre a matéria, estando, portanto, a Lei Municipal nº 1695/2016 revestida de inconstitucionalidade, o que importa na manutenção da segurança concedida em sentença.

A decisão a quo, da lavra do Dr. Mauro Peil Martins, bem aplicou o direito ao caso e, em razão disso, peço vênias para reproduzir a decisão, pois abordou com propriedade a inconstitucionalidade da lei em sede de defesa a direito subjetivo:

A competência para legislar é matéria constitucional e está revista nos artigos 22, 24 e 30, I, da Carta Magna. Trata-se de uma distribuição organizacional cujo fundamento é a preservação da soberania dos entes, fundamento primeiro da

República Federativa do Brasil, artigo 1º, caput, da CF. Em uma análise topográfica, é o regramento mais importante do país. Deve, portanto, ser estritamente observado.

No caso em tela, discute-se a eficácia de uma lei ordinária local, a qual estabeleceu a obrigatoriedade de os estabelecimentos bancários manterem vigilância privada por vinte e quatro horas ao dia, inclusive aos finais de semana. É a Lei 1.695/16.

A intenção do legislador é louvável, resguardar a segurança da comunidade, que no ano de 2016 foi vítima de um roubo de grande proporção, na qual transeuntes foram feitos reféns, além de ter havido forte troca de tiros entre os criminosos e os policiais. Trata-se de um mal já conhecido de todos, a explosão de caixas eletrônicas em pequenas cidades do interior.

Ocorre que a competência para legislar sobre o tema não é local e, portanto, não detém o Município de Piratini legitimidade para impôr às instituições bancárias os deveres dispostos na Lei.

Já no artigo primeiro resta clara a invasão de competência, ao estabelecer dever aos bancos que não visa garantir a segurança dos usuários, afinal, durante o período em que está em funcionamento há efetiva segurança armada. O que pretende, na verdade, é imputar à iniciativa privada a colaboração com as polícias, tema que não diz com interesse local, mas sim com a segurança pública.

Neste contexto, transcrevo o que prevê o artigo 144 da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Conforme o dispositivo acima, apenas estes são os órgãos encarregados da segurança pública. Podem, ainda, os Municípios criarem as guardas municipais, nos termos do parágrafo oitavo do mesmo artigo. Não podem, portanto, decidir a forma como as instituições bancárias irão zelar pela segurança de seu próprio patrimônio, em especial porque não repassam aos consumidores os prejuízos decorrentes dos assaltos sofridos.

No mesmo sentido é a disposição dos parágrafos primeiro e segundo do artigo inicial da Lei local. Prevê que os vigilantes de trata o caput deste artigo deverão permanecer no interior da instituição bancária e ou de crédito, em local seguro para que possam se proteger em função de sinistro, num período de 24hs, de posse do botão de pânico e terminal telefônico para possível acionamento rápido de corporação policial. (sic)

Em seguida, no parágrafo segundo diz: o botão de pânico

citado no parágrafo primeiro deverá bipar a Sala de Operações da Brigada Militar, e em local de pronto e imediato conhecimento do Delegado Titular local, para rápida ação policial. Tendi ainda o vigilante dispor de um dispositivo para acionar sirene de alto volume sonoro do lado externo da agência bancária ou de crédito, chamando atenção dos transeuntes e afastando delinquentes, de forma preventiva a cada acionamento. (sic) Da leitura dos artigos resta fácil observar a clara intenção de aprimorar a segurança da população, porém transferindo à iniciativa privada a responsabilidade pela segurança pública, o que não se mostra possível nem sequer adequado. A exigência do botão de pânico é emblemática, ao impor à Polícia Civil que disponha de ligação direta com os bancos, sem que tenha observado que se trata de um órgão estadual, com regras padrões. Não pode ter de cumprir disposições diversas em cada cidade, sob pena de inviabilizar suas atividades. Por isso a divisão de competências prevista na Constituição Federal.

O funcionamento da atividade bancária é de âmbito nacional. Foi permitida a criação de leis locais dispondo sobre o atendimentos aos clientes, como tempo de espera, e a colocação de portas giratórias, a fim de garantir a segurança dos consumidores. Diverso, porém, é exigir segurança quando o local está fechado, inacessível aos clientes. Quando se tentou alterar o horário de funciona-

mento, o Supremo Tribunal Federal impediu que houvesse ingerência legislativa local, dispondo que a atividade bancária tem caráter nacional e, portanto, deve observar um padrão único. Mesmo raciocínio vale para a forma como as instituições irão zelar pelo seu próprio patrimônio.

Neste sentido:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL. REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIA. HORÁRIO DE FUNCIONAMENTO DOS BANCOS. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é inconstitucional a lei municipal que dispõe sobre o horário de funcionamento dos bancos. Ação julgada procedente. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70019327840, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 13/08/2007)

Vale observar, ainda, que a legislação imputa aos bancos a contratação de vigilantes em período integral, situação que acarreta o aumento de despesas e diz respeito ao exercício da atividade econômica. O tema já foi referido na decisão que concedeu a antecipação de tutela, fls. 70-71. Como já manifestado, a Lei trata de assunto relativo ao direito econômico, cuja competência para legislar compete à União e aos Estados, artigo 24, I, da Constituição Federal. E não há

nada de interesse local ao impor a colaboração com a segurança pública, mas tão somente a transferência de deveres estatais à iniciativa privada. Neste sentido também é a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - LEI MUNICIPAL DE SÃO FRANCISCO DE PAULA QUE ESTABELECE LIMITAÇÕES DE HORÁRIO PARA O TRÂNSITO E ESTACIONAMENTO DE `CARROS-FORTE`. A matéria sobre a qual o Município legislou é de competência federal, estando em vigor a Lei nº 7.102/83 que disciplina a Vigilância Bancária de Transportes de Valores. Além de usurpar a competência federal, a lei municipal em discussão impõe restrições desnecessárias à livre iniciativa e ao livre exercício da atividade econômica dos bancos, garantia prevista no artigo 170, IV, parágrafo único da Constituição Federal. Medida que não tem capacidade para impedir o assalto às agências bancárias, mais vulneráveis do que os `carros-forte`, contribuindo para o acúmulo de valores nos estabelecimentos bancários, prejudicando a sua circulação, com reflexos negativos para o comércio local e população em geral. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70022932560, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Carlos Branco Cardoso, Julgado em 09/04/2008)

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. BANCOS E LEI MUNICIPAL. FIXAÇÃO DE HORÁRIO RAZOÁVEL DE ATENDIMENTO. INTERESSE LOCAL. ART. 30, I, CF/88. Não interferindo a lei municipal com a contratação de empregados, nem assumindo ingerência relativamente ao horário de prestação de trabalho e de funcionamento das agências bancárias, ao prever ela razoável prazo de atendimento dos usuários apenas cuidou de interesse local, quanto ao que inegável a competência legislativa dos municípios. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70007570534, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leo Lima, Redator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 07/06/2004)

No mais, o sistema financeiro nacional deve ser regido por Leis Complementares, conforme prevê o artigo 192 da Constituição Federal. E por ser atividade una, cabe à União legislar. Flagrante, portanto, a invasão de competência e ineficácia da Lei Municipal de Piratini, por sua inconstitucionalidade."

Portanto, tendo o Município de Piratini ferido direito líquido e certo da impetrante, ao criar mandamento legal claramente inconstitucional – ainda que tal lei não tenha sido objeto de decisão de ADI perante o Órgão Especial do Tribunal de Justiça, concede-se a segurança para salvaguardar o direito subjetivo da parte. Sentença mantida.

O recurso de apelação esgotou a matéria dos autos, estando prejudicada a análise da remessa necessária.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso e julgo prejudicada a remessa necessária.

É o voto.

Des. Ricardo Torres Hermann - De acordo com o(a) Relator(a).

Des.^a Lúcia de Fátima Cerveira (PRESIDENTE) - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA - Presidente - Apelação Remessa Necessária nº 70075680066, Comarca de Piratini: "À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO E JULGARAM PREJUDICADA A REMESSA NECESSÁRIA."

Julgador(a) de 1º Grau: MAURO PEIL MARTINS.



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, nº 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, nº 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.