



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

Advocef

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

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

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.27, 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*

Revisão: *Simone Diefenbach Borges e Luís Augusto Junges Lopes (Press Revisão)*

Tiragem: *2.000 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Vice-Presidente

Fernando da Silva Abs da Cruz (Novo Hamburgo)

1º Secretário

Justiniano Dias da Silva Junior (Recife)

2ª Secretária

Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (Porto Alegre)

1ª Tesoureira

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

2ª Tesoureira

Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Brasília)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Duílio José Sanchez Oliveira (São José dos Campos)

Diretor de Honorários Advocatícios

Marcelo Quevedo do Amaral (Novo Hamburgo)

Diretora de Negociação Coletiva

Linéia Ferreira Costa (Salvador)

Diretor de Prerrogativas

Sandro Cordeiro Lopes (Niterói)

Diretor Jurídico

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretor Social

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Anna Claudia de Vasconcellos

Duílio José Sanchez Oliveira

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – 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.

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 e pós doutorado pelo Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP. Mestre em Programa de Pós Graduação em Integração da América pela Universidade de São Paulo.

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

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

Manuel Munhoz Caleiro

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

Reis Friede

Desembargador Federal Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho – UGF e Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Diplomado pela Escola Superior de Guerra e pela Escola de Comando do Estado-Maior da Aeronáutica e Membro da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial – SBDA.

Roberto Di Benedetto

Doutor em Sociologia pelo 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

Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)
Henrique Chagas (Presidente Prudente)
Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)
Luiz Fernando Padilha (Rio de Janeiro)
Elton Nobre de Oliveira (Aposentado/Rio de Janeiro)
Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)
Cláudia Teles da Paixão Araújo (Teresina)

Membros Suplentes

Antonio Xavier de Moraes Primo (Recife)
Alfredo Ambrósio Neto (Goiânia)
Renato Paes Barreto de Albuquerque (Recife)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Rogério Rubim de Miranda Magalhaes (Belo Horizonte)
Iliane Rosa Pagliarini (Curitiba)
Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)

Membros Suplentes

Marcos Nogueira Barcellos (Rio de Janeiro)
Edson Pereira da Silva (Brasília)

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

PARTE 1 – ARTIGOS

A legitimidade extraordinária no CPC: os poderes das partes e do assistente processual <i>José Henrique Mouta Araújo</i>	13
Os impactos do CPC/2015 no prequestionamento nos recursos excepcionais <i>Vinicius Silva Lemos</i>	31
Proposta de compatibilização da Lei nº 13.429/17 com a CRF/1988 no âmbito da Administração Pública indireta <i>Ivan Kaminski do Nascimento e Cinthia Moura Lanna</i>	65
Considerações sobre lei autorizativa e aspectos societários na Lei nº13.303/16 à luz da doutrina de Eros Roberto Grau <i>Gustavo Madureira Fonseca e Juliana Fabião Barbeito de Vasconcellos</i>	89
Reforma Trabalhista: a nova regra da supressão da gratificação de função, como consequência da reversão ao cargo efetivo, em contraponto à Súmula 372 do TST <i>Marco Aurélio Aguiar Barreto</i>	105
O adimplemento substancial nas obrigações e contratos <i>Alexandre Santos Sampaio</i>	129
Regulação bancária e securitária: uma breve análise comparativa à luz de novos desafios regulatórios intersetoriais <i>Eduardo Araujo Bruzzi Vianna</i>	149
A recuperação judicial de empresas frente aos reflexos do <i>spread</i> bancário à luz da análise econômica do Direito <i>André Luís Cateli Rosa</i>	161
O papel transformador da jurisprudência no Direito Processual Civil: da extensão dos precatórios à estatal Codevasf <i>Maria Stela Lira Barboza de Brito</i>	175

Os princípios da mediação e conciliação no Novo Código de Processo Civil*Giselle Daussen Capella* 199**A força do atual sistema de precedentes judiciais brasileiro para garantir a eficácia dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas no âmbito do processo***Meirebele Ferreira da Silva Castro* 217**A eficácia da cessão de crédito civil no âmbito da recuperação judicial***Rosana Correia Ramos* 237**Classificação dos créditos no concurso particular de credores***Paulo Henrique Garcia Hermosilla* 263**A indenização civil: quantificação segundo o método bifásico***Gustavo Tanger Jardim* 281**PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA****Superior Tribunal de Justiça***Repetitivo. FGTS. Contas vinculadas. Atualização monetária. TR. Índice legal* 299**Superior Tribunal de Justiça***Aposentadoria. Previdência privada. Horas extras. Justiça do Trabalho. Incorporação aos benefícios. Impossibilidade* 315**Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo***IRDR. Ação de prestação de contas bancárias. Pedido vago e genérico. Impossibilidade* 349**Tribunal Superior do Trabalho***Terceirização. Serviço de Call Center. Licitude. ADPF 324. Natureza vinculante* 361**PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO** 371

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa, com grande contentamento, apresenta mais um número de seu periódico de Direito, cujo conteúdo contribui de forma positiva para o reconhecimento da produção científica gerada pelos advogados da Caixa e demais operadores do Direito.

Neste segundo semestre de 2018, chegamos à edição de número 27. O objetivo inicial foi amplamente alcançado. Várias mudanças foram realizadas ao longo do período de publicação – 13 anos –, com centenas de artigos e ampla distribuição no seio da comunidade jurídica e acadêmica.

Dentre as mudanças pelas quais passou, merece destaque o lançamento da edição eletrônica da Revista de Direito da Advocef, ou seja, os leitores, atualmente, podem ter acesso aos artigos publicados na Revista, via Internet, no sítio eletrônico da Advocef. Poderão, inclusive, obter cópia integral dos artigos por meio do processo de download. Em tempos de sombras escuras, são justamente as pequenas chamas que fazem a grande diferença. A lição antiga orienta que o caminho certo é, no mais das vezes, cansativo e desafiador. Os pioneiros, por sua vez, não fraquejaram, e o fruto brotou, pois nossa Revista figura como uma importante ferramenta para valorização do quadro jurídico da Caixa.

Os autores que integram o vigésimo sétimo volume da Revista de Direito da Advocef apresentam sua participação teórica com o objetivo de pavimentar esta caminhada, expondo ao público leitor suas preocupações e seu amadurecimento no universo da pesquisa, razão pela qual ficam registrados os agradecimentos aos responsáveis pelo avanço e pela consolidação do nosso periódico. As portas permanecem abertas aos que desejam caminhar juntos nesse debate em busca do avanço científico.

A missão de toda revista acadêmica é justamente compartilhar a busca de alternativas, muitas vezes acompanhada de temas polêmicos, por não se pretenderem dogmáticas no contexto da provisoriedade das verdades do mundo contemporâneo. A busca incessante do saber, mesmo que vulnerável a olhares diversos, funciona por intermédio de uma dialética saudável, sempre melhor e mais atenta que o conformismo dos que se resignam aos ditames do sistema, ideologicamente formatados.

É com esse olhar que os artigos se apresentam ao nosso público leitor.

Uma excelente leitura a todos!

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



PARTE 1

ARTIGOS

A legitimidade extraordinária no CPC: os poderes das partes e do assistente processual¹

José Henrique Mouta Araújo

Advogado e procurador do Estado do Pará

Doutor e mestre em Direito (UFPA)

Pós-doutor (Universidade de Lisboa)

Professor do CESUPA (PA) e FAMETRO (AM)

RESUMO

O ensaio apresenta alguns questionamentos sobre os conceitos de partes e terceiros, especialmente após as modificações advindas do CPC/15, e seus reflexos no papel do assistente e do legitimado extraordinário. Aborda também o aprimoramento do conceito entre sucessão e substituição processual, bem como os limites entre a intervenção como parte e terceiro no processo.

Palavras-chave: Partes. Assistente. Legitimado Extraordinário. CPC/15.

ABSTRACT

The essay presents some questions about the concepts of parties and third parties, especially after the modifications that came out of CPC / 15, and its reflections on the role of the assistant and the legitimized extraordinary. It also addresses the concept improvement between succession and procedural substitution, as well as the boundaries between intervention as party and third in the process.

Keywords: Parts. Assistant. Legitimized extraordinary. CPC / 15.

Introdução

Um dos temas mais importantes de teoria geral do processo diz respeito ao conceito de parte e de terceiro.

O CPC/15 enfrentou esses institutos e, inclusive, alterou algumas premissas conceituais que foram estabelecidas na legislação processual anterior.

¹ Texto inicialmente publicado na Revista Brasileira de Direito Processual (RBDPro), v. 99, pp. 207-220, 2017.

Com a cláusula geral de negócio processual, passou a ser discutida a possibilidade de legitimidade extraordinária contratual em que, por meio de acordo de vontade, há a transferência da atuação em juízo a terceiro alheio à relação jurídica material.

Ademais, o legislador também encarou os questionamentos ligados aos poderes do assistente e sua atuação em juízo, com modificação da antiga expressão *gestor de negócios para substituto processual* do assistido.

O novo diploma processual acaba por provocar, no intérprete, um necessário diálogo entre os conceitos de terceiros e partes. Se, pelo Código anterior, a legitimidade extraordinária apenas podia ser em virtude de autorização legal (art. 6º do CPC/73), o novel diploma consagra um amplo poder de negociação sobre a sua condição de parte no processo.

Com o CPC/15, apesar de não ter alteração em relação à titularidade do direito material que está sendo objeto de demanda judicial, há a possibilidade da mudança na legitimidade passiva, de ordinária para a extraordinária.

Em verdade, também há um acréscimo nos poderes do assistente, que, de auxiliar, passa a ser substituto processual do assistido, nas situações previstas no § único do art. 121 do CPC/15. Já o réu, que era legitimado ordinário, passará a ser substituído, com a atuação do seu antigo assistente na qualidade de legitimado extraordinário.

As variáveis advindas da leitura do novo diploma processual merecem maior esclarecimento doutrinário e justificam as reflexões trazidas neste ensaio.

1 Conceito de parte e de terceiro

Antes de se adentrar no tema central, que é a análise dos conceitos de legitimidade de parte e assistente, é dever refletir sobre o que é ser parte e terceiro no direito processual civil.

Como é fato, o conceito de parte é estritamente processual: é quem propõe ou contra quem se propõe uma demanda²; ou aquele que participa do processo com *parcialidade*, possuindo interesse em determinada solução ao caso concreto levado a apreciação judicial³.

² Segundo Assis (2002, p. 127), existe “certo consenso em que a noção de parte assume pertinência exclusivamente processual. Ele é fornecido pela posição ativa ou passiva na relação processual”.

³ “O conceito de parte deve restringir-se àquele que participa (ao menos potencialmente) no processo com parcialidade, tendo interesse em deter-

Por outro lado, o conceito de *parte legítima* (legitimidade ordinária) requer uma identidade entre direito material e processual, nos moldes estabelecidos no CPC/15 (art. 17).

Segundo Liebman (1973, p. 70), a posição de parte pode ocorrer: “a) per effetto della domanda introduttiva del processo; b) per effetto di *successione* nella posizione della parte originaria; c) per effetto di *intervento*, volontario o coatto, in un processo pendente”.

Logo, é possível observar que os conceitos de *parte processual* e *terceiro* refletem na extensão e na imunização da decisão judicial, *ex vi* do art. 506, do CPC/15. A coisa julgada, portanto, não prejudica o terceiro – alheio à relação processual.⁴

Realmente, os *efeitos* decorrentes do fenômeno da coisa julgada (*aqui concebido como a possibilidade de exteriorização do julgado*) em tese podem atingir terceiros, mas a imutabilidade do mesmo apenas pode sujeitar as partes (com a ressalva da possibilidade de beneficiar terceiro – art. 506, do CPC/15)⁵.

Para Chiovenda (1980), o problema está na verificação de quem é parte ou terceiro, inclusive para fins de coisa julgada. De acordo com suas lições:

La determinazione del concetto di parte non ha una mera importanza teorica, ma è necessaria per la soluzione di gravi problemi pratici: che una persona sia *parte* in una lite o sia *terzo*, è importante ad. es. Per la identificazione delle azioni (...), come per accertare se essa sia soggetta o no alla cosa giudicata; se vi sia o no litispendenza, ecc (CHIOVENDA, 1980, p. 578).

Considerando que, por vezes, o julgado influencia na esfera jurídica de outrem, deve ser determinada a sua citação, na qualidade de litisconsorte, cujo regramento é estabelecido, pelo CPC/15, em seus arts. 113 e seguintes.

minado resultado do julgamento. Saber se esta participação se dá em relação à demanda, principal ou incidental, ou em relação à discussão de determinada questão, não é algo essencial para o conceito puramente processual de parte. Parte é quem postula ou contra quem se postula ao longo do processo, e que age, assim, passionalmente” (DIDIER JR, 2002, p. 139).

⁴ Em momento posterior iremos abordar a mitigação do art. 506, do CPC/15, nos casos de substituição processual advinda da omissão do assistido.

⁵ “Parti, per il diritto processuale civile, sono i soggetti diversi dal giudice che compiono atti di un procedimento giurisdizionale e sono destinatari degli effetti dei provvedimenti del giudice” (COMOGLIO, FERRI; TARUFFO, 1995, p. 287).

Apenas para ilustrar, no direito italiano também há a figura do interveniente litisconsorcial, como aquele que intervém em processo alheio para defender direito seu.⁶

Na legislação brasileira, a intervenção litisconsorcial também requer a presença de interesse próprio, passando o interveniente a ser tratado como *parte*.

O litisconsórcio configura hipótese de *ampliação subjetiva* da lide, no polo passivo e/ou ativo da relação processual. Normalmente, em direito processual civil são analisados dois institutos: a cumulação subjetiva e a objetiva, sendo o litisconsórcio o exemplo do primeiro, ao passo que o segundo tem o seu ponto de desenvolvimento nas várias espécies de cumulação de pedidos permitida no sistema.⁷

Ainda no aspecto *ampliação subjetiva*, é dever destacar, mesmo que em poucas palavras para evitar o desvio do enfoque destinado ao ensaio, que o sistema estabelece litisconsórcio necessário e facultativo, sendo o primeiro indispensável e o segundo formado apenas por questão de conveniência.

O regramento processual é bastante claro: no litisconsórcio facultativo há o regime de opção e se atende aos reclamos da economia processual. Por outro lado, no litisconsórcio necessário enfrenta-se a impossibilidade de sua dispensa, sob pena de colocar em risco a estabilidade da decisão judicial (art. 114, do CPC/15).⁸

⁶ A figura do interveniente litisconsorcial é bem explicada por Liebman (1973, p. 88): “*intervento litisconsortile* è quello di chi interviene in un processo tra altre persone per far valere, in confronto di *alcune* di esse, un diritto relativo all’oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo”. È perciò l’intervento di chi avrebbe potuto agire unitamente all’attore nello stesso processo unitamente al convenuto; e il litisconsorzio attivo o passivo è posto in essere successivamente, appunto a seguito dell’intervento. L’interveniente propone una domanda, che va ad affiancarsi a quella di una delle parti contro l’altra. In tutti i casi in cui vi sono più soggetti legittimati rispetto ad un dato rapporto, se uno ha proposto la domanda, gli altri possono intervenire e proporre la loro rispettiva domanda”.

⁷ Por outro lado, em que pese não ser o objeto central do presente trabalho, não se deve esquecer que em alguns casos de litisconsórcio (especialmente no ativo facultativo simples) há também a cumulação objetiva. É espécie de cumulação subjetiva em que cada um dos litigantes possui sua própria e distinta pretensão processual a ser apreciada pelo Poder Judiciário.

⁸ Aroca (1972, p. 20) conceitua o litisconsórcio propriamente necessário, da seguinte forma: “la voluntad de las partes para la constitución de este tipo de litisconsorcio es totalmente inoperante. La pretensión no puede ser ejercitada sino por varios o contra varios, porque la legitimación ha sido conferida por la ley material a todos los litisconsortes en común. No

Nesse aspecto, vale transcrever as lições de Dinamarco (2003, p. 353, grifo do original), ao diferenciar o litisconsórcio necessário e facultativo (ainda de acordo com o CPC/73):

A facultatividade do litisconsórcio constitui regra geral, porque corresponde ao princípio da *liberdade das partes*, não sendo lícito impor sua implantação quando a lei não a exige (Const., art. 5º, inc. II, *supra*, n. 89), e porque a necessidade importa restrição ao *direito de ação*, também constitucionalmente assegurado. Nos casos de litisconsórcio necessário, o sujeito só poderá agir em associação com outro ou em face de dois ou vários, também em conjunto. Por isso é que se diz que a necessidade se resolve em uma *legitimidade necessariamente conjunta* (Liebman); e o *caráter excepcional* do litisconsórcio necessário deve conduzir a evitar interpretações que atribuam arbitrariamente a necessidade a casos não estritamente cobertos pelas duas hipóteses do art. 47 do Código de Processo Civil. O litisconsórcio só será necessário (a) quando a causa versar um *objeto incidível*, conforme disposição genérica contida no art. 47 do Código de Processo Civil ou (b) quando assim a lei o estabelecer de modo específico, embora o objeto não seja incidível.

O litisconsórcio necessário, portanto, se relaciona com a viabilidade da decisão judicial. A falta de citação gera consequências processuais que ultrapassam a ineficácia ou a nulidade prevista nos arts. 114 e 115 do CPC/15.⁹

Cumpra observar que o litisconsórcio necessário não se confunde com o unitário, pelo que a redação do art. 114, do CPC/15, está correta.¹⁰ *Unitariedade* diz respeito à consequência da

se ejercita sino una única pretensión, y el órgano jurisdiccional dará un solo pronunciamiento, formal y materialmente único. Se trata, evidentemente, de un proceso único con pluralidad de partes”.

⁹ Sobre a falta de citação de litisconsórcio passivo necessário, ver Araújo (2004, p. 517-562).

¹⁰ O art. 47 do CPC/73 confundia os conceitos de *necessário* e *unitário*, o que foi objeto de modificação pelo novo CPC (art. 114). Vale citar as lições de Bueno (2003, p. 94, grifos no original) (ao comentar a redação do art. 47 do CPC/73): “O fato é que hoje predomina, na doutrina brasileira, o entendimento de que o litisconsórcio necessário não guarda nenhuma relação com o litisconsórcio unitário e vice-versa. Não obstante a redação do art. 47, que, inequivocamente, define o litisconsórcio necessário como o unitário, os *critérios de classificação* de uma e de outra espécie de litisconsórcio não são os mesmos e, por isto, podem, ou não conviver ambas autonomamente. Pode haver litisconsórcio necessário sem que ele seja unitário e unitário que não seja necessário. É dizer de forma bastante

decisão, que pode ou não atingir os litisconsortes de forma idêntica, ao passo que *necessariedade* significa obrigatoriedade.

Normalmente o necessário é unitário, e o facultativo é simples. Contudo, tais diretrizes possuem exceções, como, *v.g.*, na usucapião ou demarcação (arts. 574-587, do CPC/15).¹¹ Silva (2000, p. 257) indica as situações em que é possível ocorrer o litisconsórcio necessário:

Devemos, portanto, conceituar o litisconsórcio necessário como aquele obrigatoriamente formado, seja porque alguma disposição de lei assim o imponha, seja porque a natureza da relação de direito material torne impossível o tratamento da situação litigiosa sem a presença de todos os interessados no processo, formando litisconsórcio, caso em que ele se torna *indispensável*.

Ao contrário do litisconsórcio, a assistência simples indica atuação na qualidade de mero auxiliar, como bem prevê o art. 119 do CPC/15. É, portanto, um coadjuvante de uma das partes.¹²

A diferença entre os institutos do litisconsórcio e da assistência simples reside exatamente no papel que desempenham na relação processual: o litisconsorte é parte, ao passo que o assistente é mero coadjuvante, mesmo não podendo, em regra, discutir posteriormente a *justiça da decisão* (art. 123, do CPC/15).

Ocorre que, como restará claro nos itens posteriores, o CPC/15 permite um novo diálogo entre os conceitos de parte, legitimado extraordinário (aqui concebido como sinônimo de substituto processual), e assistente, com a possibilidade de mutação entre esses institutos.

direta: não é porque um litisconsórcio é necessário que ele também será unitário e não é porque um litisconsórcio é unitário que ele será também necessário".

¹¹ A citação dos confinantes na usucapião visa permitir a demarcação da área objeto da demanda, considerando que poderá atingir o imóvel vizinho. Assim, haverá litisconsórcio necessário simples. Quanto à consequência decorrente da falta de citação daquele em cujo nome está registrado o imóvel usucapiendo e dos terceiros, Câmara (2003, p. 429) defende: "deve-se afirmar que a ausência daquele em cujo nome o imóvel está registrado é fator de ineficácia absoluta da sentença de mérito, não se podendo considerar tal provimento jurisdicional capaz de gerar certeza quanto à titularidade do domínio. De outro lado, a ausência de algum dos confinantes gera ineficácia da demarcação, em nada afetando a declaração de aquisição do domínio".

¹² "Vale aqui anotar que, pela assistência, o terceiro a rigor *não se torna parte* no processo pendente, pois não formula pedido algum, nem pedido

2 Substituição e sucessão processual – aprimoramento redacional

A legitimidade, como é fato, pode ser ordinária¹³ e extraordinária. Esta é tratada, para os objetivos deste texto, como sinônimo de substituição processual.¹⁴

O CPC/15 fez importante correção em relação à legislação anterior no que diz respeito aos institutos da sucessão e substituição processual. A figura da sucessão ocorre em casos específicos previstos em lei, *inter vivos* ou *mortis causae*. Na sucessão, o sucessor recebe a mesma legitimidade do sucedido, podendo ser ordinária ou extraordinária (arts. 108 a 112 do CPC/15).

Enquanto na sucessão, o sucessor passa a figurar na mesma posição do sucedido (ex. alienação da coisa litigiosa – art. 109, §§1º e 2º do CPC/15), na substituição, o substituto é parte, atuando em nome próprio na defesa de interesse alheio e com autorização do ordenamento jurídico (art. 18, do CPC/15).¹⁵

Assim, houve a correção redacional/conceitual que existia no CPC/73, tendo em vista que o art. 42 e ss. mencionavam *substituição de parte*, quando, em verdade, ocorria o fenômeno da *sucessão de parte*, passando o adquirente a defender direito próprio em nome próprio (legitimidade ordinária ulterior).

Por outro lado, inexistindo a concordância por parte do autor, resta vedada a alteração do polo passivo, permanecendo na condição de réu aquele que alienou o bem de forma fraudulenta (art. 109, §1º, do CPC/15). Contudo, considerando que a *coisa* não mais lhe pertence, o mesmo atua em nome próprio na defesa de interesse alheio – do adquirente da coisa litigiosa – configurando hipótese de substituição processual.¹⁶

A situação envolvendo o adquirente de coisa litigiosa é um dos poucos exemplos de substituição processual no âmbito do direito individual, o que também ocorre, *v.g.*, no art. 3º da Lei

nenhum é contra ele formulado. É, isto sim, um *coadjuvante* do litigante a quem assiste” (CARNEIRO, 2003, p. 214, grifos no original).

¹³ Na legitimação ordinária, “coincidem as figuras das partes com os polos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial” (ARMELIN, 1979, p. 117).

¹⁴ Há entendimento no sentido de que a substituição processual seria uma espécie do gênero legitimidade extraordinária, nas hipóteses de legitimação exclusiva. Sobre o assunto, ver Armelin (1979).

¹⁵ “Na *substituição processual*, não há troca de sujeitos; na verdade, não há qualquer alteração da relação processual. Ocorre que um sujeito tem o poder (legitimidade) de estar legitimamente em um processo defendendo o interesse de outrem” (DIDIER JR, 2015, p. 356, grifos no original).

¹⁶ Ver Bueno (2003, p. 61).

12.016/09.¹⁷ *In casu*, a Lei do Mandado de Segurança permite que o impetrante utilize a via do MS não para defender direito líquido e certo seu, mas sim daquele que teve o direito violado em primeiro lugar, desde que este não o faça em prazo adequado (ARAÚJO, 2015).

Situações interessantes desafiam a aplicação do citado dispositivo, como nos casos de concurso público, licitação, lançamento irregular de taxa de limpeza pública¹⁸ ou mesmo IPTU.¹⁹

Assim, havendo a correta demonstração de atendimento aos requisitos constantes no art. 3º da Lei 12.016/09, é razoável defender o cabimento de impetração de mandado de segurança por aquele que possui interesse processual decorrente do atendimento do direito líquido e certo do interessado que não fez uso do *writ*.

¹⁷ Destarte, a legitimidade extraordinária é tema mais voltado ao direito transindividual, como nos casos de ação civil pública, mandado de segurança coletivo etc. Como aponta Dinamarco (2003, p. 318): “é crescente o emprego da técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supra-individuais. Tal é o sinal da transmigração do individual para o coletivo, que se revela como uma das características mais destacadas das recentes evoluções do direito processual no Brasil”.

¹⁸ No caso de discutível legitimidade do locatário para impetrar MS contra a taxa de iluminação pública, visando defender seu direito decorrente, já decidiu o STJ: “Processual civil e tributário - Locatário - Taxa de limpeza pública, conservação de vias e logradouros e combate a sinistros - Ausência de legitimidade ativa *ad causam* para figurar na relação jurídica-tributária - precedentes do STJ. 1. O locatário, por não deter a condição de contribuinte, não possui legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança objetivando o não-recolhimento de IPTU e taxas. Precedentes do STJ. 2. É cediço na Corte que o locatário é parte ilegítima para impugnar o lançamento do IPTU, porquanto não se enquadra na sujeição passiva como contribuinte e nem como responsável tributário. Precedentes: AgRg AG 508.796/RJ, Relator Ministro Franciulli Netto, DJU de 30/06/2004; REsp 604.109/RJ, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJU de 28/06/2004; REsp 124.300/SP, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, DJU de 25/06/2001; REsp 228.626/SP, Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, DJU de 03/04/2001. 3. Recurso especial provido” (RECURSO ESPECIAL –SP – 1ª T – j. em 16.08.2005 -- Rel. Min. Luiz Fux).

¹⁹ Na hipótese de IPTU, em que pese configurar-se imposto *propet rem*, há razoável interpretação defendendo a legitimidade ativa do locatário para impetrar MS alegando vício no lançamento. A rigor, o direito supostamente violado é o locador, sendo o do impetrante apenas um direito decorrente.

3 Legitimidade extraordinária negocial e intervenção do substituído

O CPC/15 provocou importante modificação em relação ao instituto da legitimidade extraordinária, se comparado ao CPC/73, o que gerou consequências na atuação do substituído e no conceito de assistência simples.

Na legislação anterior, a legitimidade extraordinária (*parte na relação processual, defendendo direito material alheio*) apenas poderia estar presente mediante autorização legal, nos termos do art. 6º, do CPC/73.²⁰ Agora, o art. 18 do CPC/15 permite essa autorização pelo *ordenamento jurídico*.

Portanto, é necessário indagar quais as consequências dessa modificação terminológica. Visando atender aos limites pretendidos neste texto, iremos apenas analisar a legitimidade extraordinária contratual.

Ora, pela análise da cláusula geral de negócio processual (art. 190, do CPC/15), o legislador passou a permitir, mediante acordo de vontades, a transferência da legitimidade processual para outrem que, ao aceitar, atuará como seu substituto processual.

Contudo, existem algumas variáveis a serem enfrentadas, especialmente em relação ao papel do substituto e do substituído, no processo em que ocorreu essa cláusula de transferência de legitimidade. Vejamos um exemplo: o titular de direito material imobiliário pode, mediante negócio processual, atribuir a um terceiro a atuação em juízo para a defesa desse direito. Nesse caso, a parte material passa a condição de parte processual para aquele que, de início, seria terceiro em eventual demanda judicial discutindo tal direito. A cláusula geral de negócio processual (art. 190 do CPC/15) permite tal atitude, que, na prática, gera a alteração da condição de parte processual e de terceiro.

Schenk (2016, p. 121), ao comentar o art. 18 do CPC/15, advoga em sentido contrário ao cabimento do negócio jurídico processual autorizando a legitimidade extraordinária. De acordo com suas lições:

Assim, não parece haver espaço ou mesmo utilidade, à primeira vista, para o acolhimento de uma legitimidade extraordinária negocial, por meio da qual o ti-

²⁰ Como, *v.g.*, nos casos de ação civil pública (art. 5º da Lei n. 7.347/1985 e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor) e de impetração de mandado de segurança pelo detentor de direito líquido e certo derivado (art. 3º, da Lei 12016/09).

tular do direito material transferiria a legitimidade para postulá-lo em juízo a um terceiro, valendo-se, para tanto, de instrumentos contratuais.

Contudo, entendemos que não há motivo para se confundir a *representação*, com a substituição processual, por meio de negócio processual. A cláusula geral permite, por meio de acordo de vontade, a atribuição de legitimação extraordinária a outrem.

Interessante é notar, portanto, que o CPC/15 enseja um amplo diálogo entre os conceitos de terceiros e partes. Se antes a legitimidade extraordinária apenas poderia ser em virtude de autorização legal (art. 6º, do CPC/73), agora há amplo poder de negociação sobre a sua condição de parte no processo. Repito: aquele que seria terceiro pode, mediante negócio processual, atuar como parte, demandando, em nome próprio, direito alheio. E ao titular do direito material é admitida a ampla negociação de sua legitimidade processual, sem alterar a sua condição de detentor do bem jurídico discutido em juízo.

Logo, além dos casos previstos em lei, há amplo poder de disposição da sua condição de parte no âmbito processual, sem afetar a titularidade do direito material. Contudo, o legislador permite ao substituído a atuação como assistente litisconsorcial do substituto (Art. 18, § único, do CPC/15).

Assim, seguindo o exemplo antes apresentado, nada impede que o detentor do direito material, que autorizou a demanda judicial promovida pelo substituto processual, atue na condição de assistente litisconsorcial deste. Mais uma vez é dever ressaltar o caminho traçado pelo CPC/15: o titular do direito material, que está sendo discutido em juízo pelo seu substituto processual, pode atuar na condição de assistente qualificado (litisconsorte) do autor.

Esse raciocínio pode ser feito para qualquer modalidade de substituição processual, tendo em vista que o legislador não restringe às hipóteses de negócio processual. Logo, em ação civil pública ou outra modalidade de substituição processual por força de lei, nada impede que o titular do direito material (substituído) atue na condição de assistente litisconsorcial do substituto processual. Essa intervenção, em termos práticos, permite o controle, por parte do substituído, da atuação em juízo, com os mesmos poderes e ônus de um litisconsórcio do autor.²¹

²¹ Não é objetivo deste ensaio analisar a substituição processual passiva. Sobre o tema, ver Didier Jr (2015, p. 346-356).

4 A assistência e a substituição processual – o necessário diálogo entre os interessados no processo

Como exposto anteriormente, o direito material pode ser objeto de provocação judicial em nome de seu próprio titular ou por substituição processual. Esse substituto, mesmo sendo tratado como parte processual, atua em nome próprio e em defesa de direito alheio.

De outro prisma, o CPC/15 inovou em relação aos institutos da assistência (simples) e substituição processual. Claro que, de início, o assistente simples continua sendo tratado como terceiro – auxiliar do assistido²² – com os mesmos poderes e ônus deste último (art. 121 do CPC/15).

No CPC/73 havia previsão, que gerava certa confusão prática, da atuação na qualidade de *gestor de negócios*, nos casos em que o assistido era revel (art. 52, parágrafo único). Contudo, quais eram os poderes e ônus do gestor de negócios, advindo da revelia do assistido? A rigor, o assistente passava a atuar em nome próprio, na defesa de direito alheio, sendo, portanto, legitimado extraordinário²³ e não mero gestor de negócios.

O CPC/15 analisou a questão da atuação do assistente em caso de revelia ou outra *omissão* do assistido, com a alteração de seu papel na relação processual. O art. 121, § único, consagra que, em caso de revelia ou omissão do assistido, o assistente (simples) passará a ser considerado substituto processual. A rigor, a atuação sempre foi como substituto processual, mesmo no regime do CPC/73, levando em conta que a expressão *gestor de negócios* (oriunda de direito material – arts. 861 a 875 do Código Civil) era totalmente estranha à sua real atuação em juízo.

Com a nova legislação, apesar de não ter alteração em relação à titularidade do direito material que está sendo objeto de demanda judicial, há a possibilidade da mudança na legitimidade passiva, de ordinária para a extraordinária. A rigor, aumentam os poderes do assistente, que, de auxiliar, passa a ser substituto processual do assistido, nas situações previstas no § único do art. 121 do CPC/15. Já o réu, que era legitimado ordinário, passará a ser substituído, com a atuação do seu antigo assistente na qualidade de legitimado extraordinário.

²² “O assistente não defende direito próprio na demanda, apenas auxiliando o assistido na defesa de seu direito, de forma que a sua atuação no processo está condicionada à vontade do assistido, não se admitindo que a sua atuação contrarie interesses deste” (NEVES, 2016, p. 280).

²³ No tema, ver Dinamarco (2003) e Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 199 e ss.).

Sampaio (2016, p. 451) ensina, ao comentar o art. 121, parágrafo único, do CPC/15:

Correto, portanto, o legislador do CPC/2015 ao qualificar o relacionamento entre o interveniente e a parte assistida de ‘substituição processual’, pois é exatamente essa a condição do assistente, quando o assistido se omite. Ou seja, quando presente e não omisso o assistido, seu assistente atua como seu coadjuvante; quando ausente (revel) ou omisso o assistido, o assistente defende, em nome próprio, o direito alheio de seu assistido. Hipótese, pois, de legitimação extraordinária típica da substituição processual.

Vale citar um exemplo: se o assistente tiver impugnado as alegações fáticas suscitadas na inicial, mediante apresentação de instrumento de defesa, está afastado o efeito de presunção de veracidade dos fatos oponíveis ao assistido revel, visto que, nesse caso, a atuação do impugnante será na condição de substituto processual do revel. Esse raciocínio, inclusive, mitiga os efeitos da revelia previstos no art. 344 do CPC/15.

Há, portanto, a possibilidade de mudança da condição processual, dos ônus e dos poderes entre o assistente e assistido, dependendo da conduta omissa deste. O que antes era assistente simples passa a ser tratado como parte (substituto processual), e o que era parte passa a ser considerado substituído. Isso tudo sem qualquer mudança na configuração da titularidade do direito material debatido em juízo.

Por outro lado, os atos praticados positivamente pelo assistido vinculam o assistente (art. 122 do CPC/15). Logo, em caso de realização de negócio processual, renúncia, desistência²⁴, reconhecimento jurídico do pedido ou outro ato de vontade, vincula o assistente, que, nesses casos, atua como mero auxiliar da parte.

²⁴ O STJ já decidiu, na vigência do CPC/73: “Processual civil. Assistência simples. Desistência da ação. Prejudicialidade do recurso do pretense assistente. Arts. 50 e 53, CPC. Na assistência simples, como na hipótese, o assistente não poderá, sozinho, prosseguir na ação principal em substituição ao assistido que dela desistiu, por isso mesmo e que, como disposto na parte final do art. 53, CPC, ‘terminando o processo, cessa a intervenção do assistente’. Assim sendo, uma vez tendo sido extinto o processo, por sentença homologatória do pedido de desistência da autora, com a concordância dos réus, resta prejudicado, por perda do objeto, o recurso interposto por quem pretende ingressar, como assistente simples, no feito já findo. Recurso julgado prejudicado, por perda de seu objeto” (REsp 37306 / SP – Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA - 4ª T – J. em 22/10/1996. DJ de DJ 16/12/1996 p. 50873 - LEXSTJ vol. 94 p. 92 -RSTJ vol. 93 p. 290).

Deve, portanto, o intérprete ter cautela em relação à leitura dos arts. 121 e 122 do CPC/ 15. A ampliação dos poderes do assistente e, a rigor, a mutação de sua condição processual (de auxiliar para substituto processual) irão depender da falta de atuação do assistido²⁵. A própria coisa julgada, quando ocorrer, atingirá o substituído (que é o titular do direito material debatido), o que, inclusive, esvazia a interpretação literal do art. 506 do CPC/15.

Como já mencionado, apesar da vedação do art. 506 do CPC/ 15, a coisa julgada pode atingir para prejudicar a situação jurídica do substituído e titular do direito material. A sua omissão ou revelia e a substituição processual pelo assistente não impedem que os efeitos jurídicos atinjam sua esfera jurídica.

E não é só. O art. 121, § único, do CPC/15 também permite, por exemplo, que o recurso do assistente seja conhecido, mesmo em caso de falta de apelo do assistido.²⁶ A expressão *qualquer omissão* como permissivo para a mutação da condição processual legitima a apreciação do recurso do assistente, na condição de substituto processual, mesmo quando o assistido não recorre.²⁷ O único impedimento para a apreciação do mérito do apelo é a presença de manifestação expressa do assistido no sentido contrário ao manejo do recurso (art. 122 do CPC/15).

Logo, é fácil concluir que o legislador processual de 2015 prova novas reflexões em relação ao diálogo entre os institutos processuais debatidos neste ensaio.

²⁵ Importante a hipótese trazida por Neves (2016, p. 281-282): “sendo possível no acordo de procedimento previsto no art. 190 do Novo CPC a convenção sobre ônus processuais, é importante afastar a atuação do assistente diante da omissão do assistido quando ela for decorrência de tal ajustamento prévio. Dessa forma, caso as partes convençiem que não será cabível o recurso de agravo de instrumento no processo, a omissão do assistido diante de uma decisão interlocutória não decorrerá de vontade espontânea ou de desídia, mas de compromisso previamente firmado. E nesse caso o assistente não poderá ser considerado substituto legal do assistido e qualquer ato por ele praticado será ineficaz”.

²⁶ O que já era admitido pelo STJ, na legislação de 1973: “Processual civil. FGTS. União. Assistência simples. Art. 52, do CPC. 1. Na qualidade de assistente simples da Caixa Econômica Federal, tem legitimidade para recorrer, desde que não haja expressa vontade, em sentido contrário, do assistido, hipótese não ocorrente na espécie. 2. Agravo improvido” (AgRg no Ag 447608 – Rel. Min. CASTRO MEIRA – 2ª T – J. em 04/12/2003 – DJe de 25/02/2004 p. 142).

²⁷ Esse recurso do terceiro, na condição de assistente, também encontra assento na redação do art. 996, § único, do CPC/15.

Conclusão

Em face do exposto, é possível concluir que:

- Com a cláusula geral de negócio processual, passou a ser discutida a possibilidade de legitimidade extraordinária contratual em que, por meio de acordo de vontade, há a transferência da atuação em juízo a terceiro alheio à relação jurídica material;

- O conceito de parte é estritamente processual: é quem propõe ou contra quem se propõe uma demanda, ou aquele que participa do processo com *parcialidade*, possuindo interesse em determinada solução ao caso concreto levado a apreciação judicial;

- Os conceitos de parte processual e de terceiro refletem na extensão e na imunização da decisão judicial, *ex vi* do art. 506, do CPC/15. A coisa julgada, portanto, não prejudica o terceiro – alheio à relação processual;

- Os *efeitos* decorrentes do fenômeno da coisa julgada (*aqui concebido como a possibilidade de exteriorização do julgado*) em tese podem atingir terceiros, mas a imutabilidade da mesma apenas pode sujeitar as partes (com a ressalva da possibilidade de beneficiar terceiro – art. 506 do CPC/15);

- Considerando que, por vezes, o julgado influencia na esfera jurídica de outrem, deve ser determinada a sua citação, na qualidade de litisconsorte, cujo regramento é estabelecido, pelo CPC/15, em seus arts. 113 e seguintes;

- Ao contrário do litisconsórcio, a assistência simples indica atuação na qualidade de mero auxiliar, como bem prevê o art. 119 do CPC/15. É, portanto, um coadjuvante de uma das partes;

- A diferença entre os institutos do litisconsórcio e da assistência simples reside exatamente no papel que desempenham na relação processual: o litisconsorte é parte, ao passo que o assistente é mero coadjuvante, mesmo não podendo, em regra, discutir posteriormente a *justiça da decisão* (art. 123 do CPC/15);

- O CPC/15 fez importante correção em relação à legislação anterior, no que diz respeito aos institutos da sucessão e substituição processual. A figura da sucessão ocorre em casos específicos previstos em lei, *inter vivos* ou *mortis causae*. Na sucessão, o sucessor recebe a mesma legitimidade do sucedido, podendo ser ordinária ou extraordinária (arts. 108 a 112 do CPC/15);

- Enquanto na sucessão o sucessor passa a figurar na mesma posição do sucedido (ex.: alienação da coisa litigiosa – art. 109, §§1º e 2º, do CPC/15), na substituição, o substituto é parte, atuando em nome próprio na defesa de interesse alheio e com autorização do ordenamento jurídico (art. 18 do CPC/15);

- O legislador de 2015 trouxe uma correção redacional, tendo em vista que o art. 42 e ss. do CPC/73 mencionavam *substituição de parte*, quando, em verdade, ocorria o fenômeno da *sucessão de parte*, passando o adquirente a defender direito próprio em nome próprio (legitimidade ordinária ulterior);

- Na legislação anterior, a legitimidade extraordinária (*parte na relação processual, defendendo direito material alheio*) apenas poderia estar presente mediante autorização legal, nos termos do art. 6º do CPC/73. Agora, o art. 18 do CPC/15 permite essa autorização pelo *ordenamento jurídico*;

- Pela cláusula geral de negócio processual (art. 190 do CPC/15), o legislador passou a permitir, mediante acordo de vontades, a transferência da legitimidade processual para outrem que, ao aceitar, atuará como seu substituto processual;

- O CPC/15 enseja um amplo diálogo entre os conceitos de terceiros e partes. Se antes a legitimidade extraordinária apenas podia ser em virtude de autorização legal (art. 6º do CPC/73), agora há amplo poder de negociação sobre a sua condição de parte no processo. Aquele que seria terceiro pode, mediante negócio processual, atuar como parte, demandando, em nome próprio, direito alheio. E ao titular do direito material é admitida a ampla negociação de sua legitimidade processual, sem alterar a sua condição de detentor do bem jurídico discutido em juízo;

- Com a nova legislação, apesar de não ter alteração em relação à titularidade do direito material que está sendo objeto de demanda judicial, há a possibilidade da mudança na legitimidade passiva, de ordinária para a extraordinária. A rigor, aumentam os poderes do assistente, que, de auxiliar, passa a ser substituto processual do assistido, nas situações previstas no § único do art. 121 do CPC/15. Já o réu, que era legitimado ordinário, passará a ser substituído, com a atuação do seu antigo assistente na qualidade de legitimado extraordinário;

- Há, portanto, a possibilidade de mudança da condição processual, dos ônus e dos poderes entre o assistente e assistido, dependendo da conduta omissa deste. O que antes era assistente simples passa a ser tratado como parte (substituto processual), e o que era parte passa a ser considerado substituído. Isso tudo sem qualquer mudança na configuração da titularidade do direito material debatido em juízo.

Referências

- ARAÚJO, José Henrique Mouta. Meios de defesa do litisconsorte passivo necessário não citado. In: DIDIER JR, Fredie; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos Polêmicos e Atuais sobre os Terceiros no Processo Civil e assuntos afins**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- AROCA, Juan Montero. **La intervención adhesiva simple** – con-tribuicion al estudio de la pluralidad de partes en el proceso civil. Barcelona : Editorial Hispano Europea, 1972.
- ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Partes e Terceiros no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. 3.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. **Mandado de segurança**. Assistência e *amicus curiae*. Revista de Processo 112. São Paulo: RT, 2003.
- CHIOVENDA, Guiseppe. **Principii di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1980.
- COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. **Lezioni sul processo civile**. 2. ed. Bologna: Mulino, 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. v. II.
- DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. v. 1.
- _____. **Recurso de terceiro: juízo de admissibilidade**. São Paulo: RT, 2002.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1973. v. I.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil** – volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SAMPAIO, Marcus Vinicius de Abreu. Comentários ao art. 121, do CPC/15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. v. 1.

SCHENK, Leonardo Faria. Comentários ao art. 18, do CPC/15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Os impactos do CPC/2015 no prequestionamento nos recursos excepcionais

Vinicius Silva Lemos

Advogado em Rondônia

Doutorando em Processo Civil pela UNICAP/PE

Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ

Especialista em Processo Civil pela FARO

Professor de Processo Civil da FARO e na 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 Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP

Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO

Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC

Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO.

RESUMO

Este estudo versa sobre a positivação do instituto do prequestionamento na sistemática recursal dos Tribunais Superiores no novo Código de Processo Civil recém-sancionado, analisando o instituto, suas divergências doutrinárias, sua conjuntura atual, sua modificação legislativa e as perspectivas para o futuro, bem como a escolha do legislador no tocante ao assunto prequestionamento.

Palavra-chave: Recurso. Decisão. Prequestionamento. Ficto.

ABSTRACT

This study focuses on the affirmations of the institute of Prequestionamento in the systematics of Superior Courts in the new code of civil procedure newly-sanctioned, analyzing the institute, their doctrinal differences, their current situation, its

legislative modification and the prospects for the future, as well as the choice of the legislator in relation to the subject prequestionamento.

Keywords: Appeal. Decision. Prequestionamento. Fiction.

Introdução

Os Tribunais Superiores brasileiros por muitas vezes são encarados pela sociedade, principalmente a leiga, como terceira ou quarta instâncias processuais, como um direito de qualquer cidadão em qualquer ação, independente de temática. Uma aparência de que todo e qualquer processo deva passar por todo o trâmite recursal superior.

Entretanto, a sistemática recursal no processo civil brasileiro somente concede direito pleno ao jurisdicionado quando do duplo grau de jurisdição, sendo ampla a devolutividade e seus requisitos. No tocante às formalidades recursais para os Tribunais Superiores, os recursos não se fixam mais somente nas causas em questão, nos processos e seus objetos, há a necessidade de uma infração de lei infraconstitucional (Superior Tribunal de Justiça) ou de norma constitucional (Supremo Tribunal Federal).

Apesar da possibilidade recursal a esses Tribunais, os requisitos são mais complexos, causando um nítido filtro processual para que somente os processos importantes para a sociedade ou que realmente tenham amplitude maior do que a causa, dentro da ofensa mencionada, sejam julgados.

Um dos principais, senão o principal, dos filtros processuais recursais de admissibilidade está na necessidade de prequestionamento da matéria no juízo recorrido, de forma a somente admitir-se recursos superiores para causas/matérias realmente decididas, questionadas e enfrentadas, de acordo com o texto constitucional disposto nos arts. 102, III e no 105, III.

Com o advento do CPC/2015, o legislador, diante de vários entendimentos sobre o instituto, teve de optar por adotar critérios de prequestionamento, positivando norma sobre o assunto e esclarecendo as divergências jurisprudenciais existentes na matéria.

Este presente estudo tem como recorte o aprofundamento sobre as escolhas do legislador sobre o prequestionamento, a sua relação com o aspecto constitucional da causa decidida e os impactos que proporcionam no pensamento dos Tribunais Superiores.

1 Prequestionamento

A Constituição Federal, na matéria específica aos recursos excepcionais (art. 102, III/art. 105, III), impõe que estes somente serão possíveis sobre causas decididas, o que leva à interpretação de que as partes somente poderão recorrer de matérias que foram discutidas pelos Tribunais anteriores, constando materialmente no teor da decisão judicial recorrida. Desse modo, contendo decisão sobre a matéria, caberá recurso excepcional sobre essa parte decisória e, por outro lado, sem a decisão no tocante àquele ponto, não pode recorrer para os Tribunais Superiores.

Entretanto, em diversas situações, mesmo havendo um ato decisório na demanda, não houve, no acórdão, o enfrentamento de matéria constante no contraditório/fundamentos/pedidos, incorrendo em uma evidente omissão, remetendo a situação para a possibilidade de interposição dos embargos de declaração para saneamento da omissão, com base no art. 1.022.

A súmula 282 do STF debruça-se sobre a matéria de forma conclusiva, a entender como pertinente, existente e essencial o prequestionamento, como vemos, nesse ponto, que “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.

Dessa forma, o prequestionamento “é ato do órgão julgador, isto é, ele, órgão julgador, tem que emitir juízo de valor, ou seja, apreciar e decidir sobre as questões constitucionais ou legais aplicadas ao caso concreto” (GUIMARÃES, 2010, p. 19).

Pode-se constatar que, com a falta de decisão na matéria em questão, haveria falta de cabimento no recurso a ser manejado, por não preencher uma condição inicial para a própria existência recursal, a decisão em si. Tendo os Tribunais Superiores a função revisional – federal ou constitucional, somente haverá revisão quando houver, de igual maneira, uma manifestação sobre a matéria. Sem o enfrentamento pelo Tribunal recorrido, no acórdão, sobre tal ponto ou matéria, evidentemente, não caberá tal recurso excepcional. Portanto, necessário conter, materialmente, a decisão nos autos, de modo que, com “razão o STF quando exige o prequestionamento da questão constitucional, para que possa conhecer do RE (STF 282 e 356)” (NERY JR.; NERY, 2002, p. 541).

A matéria, por construção meramente doutrinária e falta de regulamentação específica, tem diferentes conceitos, diversas formas de aceitação, questionamentos sobre a sua nomenclatura, bem como sua função na fase recursal, quais possibilidades,

em quais recursos, entre outras hipóteses. Num sentido amplo, “para o sistema constitucional brasileiro, prequestionar significa provocar o tribunal inferior a pronunciar-se efetivamente sobre a questão legal, previamente à interposição do REsp” (NERY JR.; NERY, 2002, p. 924/925).

1.1 Formas de prequestionamento

Medina (2005, p. 287), ao analisar a questão do prequestionamento, não alcança definir a conceituação em uma única e básica maneira, mas a explica como uma multiplicidade de posicionamentos jurisprudenciais para entender a existência de grupos diferentes de prequestionamento, o que até contribui no intuito de entender as suas diferentes variáveis, que infelizmente existem e “prejudica-se, com isto, a realização de tão relevante função desempenhada no sistema jurídico pelos recursos extraordinário e especial e, conseqüentemente, a razão de ser das Cortes Superiores”.

Não há dúvidas¹ sobre a sua função e necessidade, mas, diante de tantos posicionamentos, o próprio instituto tem visão precária, no sentido de não ter a sua positivação de modo correto e bem delineado. Quando se imagina a primeira hipótese sobre a necessidade de manifestação expressa, se busca um ritual processual minimalista, uma questão complexa que nunca poderia ser tergiversada.

¹ Nery Jr. em recente entrevista dispõe que não haveria um prequestionamento como requisito à interposição do recurso excepcional, mas somente a necessidade de enfrentamento material. O posicionamento não é incomum, esbarrando somente na espécie de conceituação que se faz do instituto. Se entender como a necessidade de suscitação da parte, talvez seria um prisma interessante. No entanto, se entender que o prequestionamento seria, de certa maneira, o enfrentamento da questão ou, em último caso, o recurso para forçar tal desiderato, a divergência seria somente de conceituação e nomenclatura. “Segundo Nery Jr., “não existe isso de pré-questionamento”, pois os artigos 102, III (RE), e 105, III (REsp), da Constituição não estabelecem esse requisito para a interposição de tais recursos. O que os dispositivos exigem é que a matéria tenha sido decidida em única ou última instância. Para facilitar a compreensão, o processualista citou uma lição do ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves. O magistrado dizia, de acordo com Nery Jr., que, “se a questão está dentro do retângulo [acórdão], cabe RE ou REsp”. “Porém, o professor da PUC-SP alertou que, se o tribunal silenciar sobre a matéria, não há como interpor esses recursos. Por isso, quem atua na causa precisa forçar os magistrados a se pronunciarem sobre o tópico.” <http://www.conjur.com.br/2017-mai-03/prequestionamento-nao-requisito-re-ou-resp-nerj-jr>.

Ribeiro (1999, p. 245) explica bem sobre os diferentes posicionamentos quanto às possibilidades de prequestionamento:

Dificuldade que se coloca, quando se trata do prequestionamento como condição para viabilizar os recursos extraordinário e especial, além da própria grafia, está no sentido em que é empregada a expressão. É utilizada na doutrina e mesmo na jurisprudência traduzindo a necessidade de que matéria tenha sido suscitada antes do julgamento recorrido. Para outros, entretanto, considera-se presente quando a questão não apenas é objeto de arguição pela parte, mas decidida pelo acórdão a ser impugnado. Por fim, uma terceira corrente estima que a exigência prende-se tão só a essa última hipótese, ou seja, haver decisão, ainda que não se tenha verificado anterior debate.

No *primeiro posicionamento*, o prequestionamento seria ato da parte, o ônus de ventilar a matéria, expor a matéria ao juízo, em sua via recursal, seja no recurso principal ou posteriormente, indagando aos julgadores de eventual omissão sobre ponto não enfrentado. Nesse posicionamento inicial elencado na citação anterior, a semântica da palavra *prequestionar* é levada em consideração, simplesmente como uma indagação ou uma proposição, tendo como uma vez proposto, prequestionado estaria, não guardando relação com o resultado judicial da proposição, se enfrentado ou não pelo colegiado na decisão.

Em uma *segunda interpretação*, o prequestionamento seria dividido em duas partes, o ato de suscitar e o outro de decidir. As partes ventilam a matéria – federal ou constitucional – e o Tribunal decide sobre a questão material. A junção dos dois atos que perfaz o prequestionamento em si, a alegação de determinada matéria realizada anteriormente em qualquer recurso seria tão essencial quanto a sua devida resposta judicial, consignando que “essa decisão expressa sobre a matéria prequestionada é o que se chama de ventilar a questão federal” (LEÃO, 1989, p. 237).

No *posicionamento posterior e derradeiro*, o que importa, de modo essencial, para a existência do prequestionamento como requisito de admissibilidade é a resposta judicial sobre a matéria, independente da manifestação pelas partes. Com isso, se o acórdão enfrentar tal matéria, prequestionada estaria. Alvim (2005, p. 285) discorre sobre a mutabilidade que sofreu o instituto, com a necessidade não da alegação em si, ônus da parte, tornando, por vezes, até irrelevante, mas com o simples

enfrentamento judicial: “a expressão prequestionamento que originariamente dizia respeito à atividade das partes, pois são as partes que ‘questionam’, passou a significar a exigência de que da decisão conste esta discussão que houve entre as partes sobre a questão federal”.

1.2 A interposição dos embargos de declaração para fins de prequestionamento

Os embargos de declaração servem, de acordo com o art. 1.022, para sanar omissão, uma de suas hipóteses de enquadramento, e, desse modo, têm total pertinência de cabimento recursal quando o órgão colegiado julgar acórdão não enfrentando ou fundamentando sobre parte das alegações da recorrida ou recorrente, incorrendo, portanto, em uma omissão a ser sanada e compatível com os embargos de declaração.

Entretanto, caso o próximo recurso seja para um Tribunal Superior, pertinente, ainda mais, a interposição para sanar o vício, com o intuito de forçar o colegiado recorrido a manifestar-se sobre aquela determinada questão suscitada e não enfrentada, para, desse modo, possibilitar a arguição da matéria para o Tribunal Superior, o chamado *prequestionamento*. Os embargos de declaração, com base no art. 1.025, servem para fins de prequestionar eventual matéria omissa.

O prequestionamento não depende da interposição dos embargos de declaração. Isso é fato. Se uma apelação for completa, no sentido de todas as argumentações legais, fáticas e jurídicas, com o Tribunal respondendo por completo ao que se apelou, com o enfrentamento de todas as matérias, as chamadas questões federais ou constitucionais, todo o conteúdo aventado restou-se como decidido, com um prequestionamento realizado no julgamento da apelação.

Por outro lado, se houver omissão no julgamento, com algum fundamento, tese ou pedido sem a manifestação pelo colegiado, a parte sucumbente, se pretender recorrer ao Tribunal Superior, deve interpor embargos de declaração para requerer o julgamento do ponto omissos.

Esse pedido pelo enfrentamento do ponto omissos não é a manifestação única do prequestionamento, pelo fato de este ser possível diretamente no julgamento do recurso principal, o que leva aos embargos de declaração funcionarem como uma missão de salvamento ao julgamento que tem omissão e que, assim, está não prequestionado, com o intuito de sanar tal situação para possibilitar o recurso de toda a matéria – inclusive essa an-

teriormente omissa – para o Tribunal Superior, com a impugnação sobre aquela questão de direito agora prequestionada.

1.2.1 Os embargos de declaração, a violação ao art. 1.022 como questão federal e o prequestionamento ficto

Como vimos, se houver a omissão, os embargos de declaração, pelo teor do art. 1.025, têm o condão de possibilitar a sanabilidade de omissão. O prequestionamento, na sua modalidade ficta, foi positivado por tal dispositivo, com a mudança conceitual, nesse momento processual. Nunca houve dúvidas de que o meio correto para a sanabilidade de omissão no acórdão, para fins de alegação em recurso excepcional, deve ocorrer via embargos de declaração. O complexo, no entanto, ocorre quando há a persistência de omissão, quando o colegiado não vislumbra a necessidade de sanar tal ausência de enfrentamento, com a continuidade de tal vício.

O art. 1.025 veio como tábua de salvação para tal situação, uma vez que impõe aos embargos de declaração um prequestionamento automático, caso em seu bojo tenha a suscitação de toda a matéria omissa, independentemente do provimento ou da manifestação judicial, possibilitando, portanto, a interposição de tal recurso excepcional – especial ou extraordinário.

A mudança é pertinente, clara e objetiva no CPC/2015.

No entanto, na aplicabilidade do ordenamento, há um julgado sobre o tema, do STJ, que dispõe sobre tal situação, com a interposição dos embargos, a continuidade da omissão, o entendimento de que o prequestionamento foi realizado pela simples suscitação e a análise, agora em grau superior, do recurso especial. Vejamos o resultado:

A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que, uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. [...] (STJ, 3ª t., RESP 1639314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, DJe 10/04/2017)

Por tal visão do STJ, nesse julgado da Ministra Andrighi, mesmo diante do art. 1.025, com o prequestionamento ficto ou por mera suscitação, o recorrente, para completá-lo, deve suscitar ofensa ao art. 1.022, pela persistência da omissão, com a possibilidade, a partir de tal indicação dispositiva, de entender que

o prequestionamento foi realizado. A interpretação passa, equivocadamente, pela visão de que o recorrente deve ter o ônus de dizer que tal artigo foi maculado pelo julgamento e, com isso, pertinente o recurso especial, no caso.

Nessa interpretação, a omissão seria uma questão federal a ser analisada, como meio de validar o prequestionamento ficto, aquele preconizado no art. 1.025.

Tais argumentos não merecem prosperar, uma interpretação equivocada do dispositivo, numa clara tendência a barrar recursos, independentemente da intenção contrária a tal ato. O primeiro equívoco do Tribunal Superior passa pela interpretação imaginativa do que não está escrito. O art. 1.025 coloca as alegações do embargante como parte do acórdão e, em nenhum momento, interliga isso como qualquer questão federal ou ofensa ao art. 1.022, importando num exagero formalista do STJ, numa criatividade processual.

Um segundo ponto a ser analisado, como uma demonstração de tal equívoco interpretativo, está na viabilidade do art. 1.025 para o recurso extraordinário, ou seja, quando ocorrer a mesma situação omissiva, mas a questão for constitucional, sem nenhum ponto de questão federal, como intentar o recurso para o STF, se a interpretação do STJ seria de que houve uma ofensa ao art. 1.022? A resposta deve passar pela inviabilidade de tal posicionamento, por tamanho equívoco.

Evidente que tal posicionamento não proporciona, ao recorrente para o STJ, grandes digressões, com a necessidade pequena de incluir tal questão sobre a ofensa ao art. 1.022. No entanto, é uma má-fé interpretativa contra o próprio ordenamento e, ainda, contra o jurisdicionado, uma vez que não há explicação legal para tal posicionamento. Assim, até haver consolidação nesse sentido, muitos recursos especiais devem ser inadmitidos para “ensinar” a nova obrigação formalista do STJ.

Um claro equívoco de aplicabilidade do CPC/2015, no caso, do art. 1.025.

2 A evolução da aplicação do prequestionamento nos tribunais superiores

No histórico da utilização do prequestionamento como requisito de admissibilidade dos Tribunais Superiores em seus recursos correspondentes, cada um desses órgãos viabilizou posicionamentos diferentes e antagônicos, conceituando e admitindo formas distintas de prequestionamento, causando na

jurisprudência, na doutrina e ao jurisdicionado situações processuais complexas.

2.1 A Súmula 211 do STJ e o seu entendimento sobre prequestionamento

No tocante ao prequestionamento, o STJ tem a importante súmula 211, que declara “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal ‘a quo’.”

Essa súmula delimitava – ao menos na égide do CPC/73 – que mesmo se a parte manejar os chamados “embargos de declaração com fins de prequestionamento” e, em detrimento destes, o colegiado *a quo* insistir em não apreciar a matéria, persistindo a omissão da questão suscitada, sem o devido prequestionamento real, não caberia recurso especial para se tratar da matéria não enfrentada, mediante a falta de pressupostos de admissibilidade para seu conhecimento.

Nesse prisma, para o STJ, acórdão que não ventila a matéria federal específica, não se tem como impugnar, pelo fato de que “não há prequestionamento quando a questão federal não é solucionada na decisão recorrida, apesar de previamente veiculada em peças processuais” (SOUZA, 2009, p. 816).

Dessa forma, quando a parte encontrava-se, no CPC/73, numa situação processual recursal idêntica a essa, deveria o recurso basear-se na súmula 211, para, primeiramente, cassar o acórdão em que o juízo impugnado não enfrenta a omissão, interpondo, nesse momento, recurso especial alegando o não cumprimento do antigo inciso II do art. 535 do CPC/73, uma vez que restou inexistente a resposta sobre possível omissão, por total *erro in procedendo*. Com eventual êxito desse recurso no STJ, o acórdão que deixou novamente a questão em omissão é cassado, com a volta ao Tribunal recorrido para novo julgamento e, a partir daí, caberia outro recurso especial, agora sobre a matéria meritória da demanda. Bueno (2000), na seguinte forma, explicava a questão:

deverá o sucumbente interpor recurso especial, com fundamento no art. 105, III, ‘a’, da Constituição Federal, por violação ao art. 535, incisos I ou II, do Código de Processo Civil. Somente com o eventual acolhimento deste recurso e cassado o acórdão a quo é que terá cabimento novo recurso especial para levar ao Superior Tribunal de Justiça a questão legal/federal em que se funda a causa.

No primeiro momento, não se podia atacar o mérito recursal do recurso anterior aos embargos, deixando este como matéria de fundo, tendo a necessidade do manejo do recurso especial para almejar a cassação do acórdão que não enfrentou a matéria dos embargos de declaração opostos, criando, desse modo, um recurso especial somente para a resolução da questão sobre o prequestionamento, para, depois, se providas estas alegações, o processo retornar ao Tribunal de segundo grau, o qual será obrigado a responder as questões prequestionadoras dos embargos e, posteriormente, caberá o recurso especial sobre a matéria de fundo, do acórdão da apelação/agravo.

Se a parte intentar seu recurso, sem levar em consideração tal formalidade, contendo matéria tão somente de fundo, o recurso especial terá como resultado, infelizmente, o não conhecimento, por falta de admissibilidade no tocante a prequestionamento.

Sobre esta matéria, os seguintes julgados antigos da década de 1990², bem como outros da jurisprudência final do CPC/73³, demonstravam uma linha de coerência do STJ sobre o entendimento da matéria e da utilização efetiva da súmula 211.

² “Processo Civil. Recurso Especial. Ausência de prequestionamento. Embargos declaratórios rejeitados pelo Tribunal ‘a quo’. Impossível o acesso de recurso especial se o tema nele inserto não foi objeto de debate na Corte de origem. Tal ausência não é suprida pela mera oposição de embargos declaratórios. Faz-se imprescindível que os embargos sejam acolhidos pela Corte de origem para que seja sanada a possível omissão constante do v. acórdão embargado. Se o órgão julgador persistir na omissão, rejeitando os embargos, deve a parte veicular no recurso especial a ofensa às regras processuais pertinentes e não insistir na violação aos preceitos legais relativos ao mérito da causa, sem que sobre eles haja no Tribunal ‘a quo’ emitido juízo explícito. Recurso Especial não conhecido (REsp. 43.622-SP), 1ª Turma, Rel. Min. César Rocha, DJU 2/6/94, RSTJ 108/394) (535, CPC. Recurso Conhecido e provido.) I – Havendo a Câmara Julgadora, ao decidir agravo de instrumento, deixado de pronunciar-se sobre questão de inegável relevância que havia sido suscitada pelo agravante, impõe-se, uma vez não sanada a omissão em sede de declaratórios, reconhecer afrontado o artigo 535, CPC. II – Tal reconhecimento, tendo em vista a especial disciplina a que sujeito o recurso especial, prejudica a análise da matéria de fundo em relação à qual se verificou a omissão, isto porque, diante da certeza de que o Colegiado de segundo grau se omitiu em apreciá-la, não se há como conhecê-la prequestionada. III – Recurso Especial provido para que retornando aos autos ao Tribunal de origem seja emitido pronunciamento específico acerca do aspecto omitido (REsp. 30.167-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 14/3/94, p. 4365-RSTJ 108/388)

³ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 100.003 - RS (2011/0219888-9) RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO - Em suas razões recursais, a recor-

A posição do STJ tornava claro em seu rigor processual, defendendo o rito minucioso de um prequestionamento exclusivamente técnico, levando às últimas consequências processuais, a necessidade de somente se julgar causas decididas. Se o eventual recurso especial versar sobre matéria em que houve a omissão, de fato, não há uma decisão, não possibilitando ao Tribunal Superior debruçar-se sobre questão não enfrentada pelo Tribunal recorrido, ao menos na legislação anterior, já revogada.

Se partirmos do princípio essencial das “causas decididas” impostas na seara constitucional, de fato, o STJ tinha razão nes-

rente alega ofensa aos arts. 267, 269, 467, 621, e 744, 745, IV, do Código de Processo Civil, sustentando que houve cerceamento de defesa quando, à interposição dos embargos de declaração foram rejeitados os argumentos alegados pelo ora agravante. É o relatório. Observa-se que eg. Tribunal de origem, a despeito da oposição dos embargos de declaração, não analisou a questão sob o enfoque dos referidos artigos. Ressalte-se que esta eg. Corte de Justiça consagra orientação no sentido da necessidade de prequestionamento dos temas ventilados no recurso especial, não sendo suficiente a simples invocação da matéria na petição de embargos de declaração. Caberia à recorrente, na hipótese, alegar violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, providência, todavia, da qual não se desincumbiu. Incide, pois, na espécie, a Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356, DO STF E N. 211 DO STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283 DO STF. I. As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal estadual, a despeito da oposição do embargos de declaração, recebem o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF e n. 211 do STJ, não podendo, por falta de prequestionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial. II. ‘É inadmissível recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles’ (Súmula 283/STF). III. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no Ag 1.113.439/DF, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 4/5/2010, DJe 24/5/2010) “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO - SÚMULA 211/STJ - AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 535 DO CPC - DESPROVIMENTO. I - Não enseja interposição de Recurso Especial matéria que não tenha sido ventilada no v. aresto atacado e sobre a qual, embora tenham sido opostos os embargos declaratórios competentes, o órgão julgador não se pronunciou e a parte interessada não alegou ofensa ao art. 535 do CPC, incidindo, na hipótese, o verbete sumular n. 211 do STJ. II - Agravo Regimental desprovido.” (AgRg no REsp 881.416/RS, Relator o Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJ de 5/3/2007) Diante do exposto, conheço o Agravo e nego seguimento ao Recurso Especial. Publique-se. Brasília, 03 de novembro de 2014. MINISTRO RAUL ARAÚJO Relator (STJ - AREsp: 100003 RS 2011/0219888-9, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 07/11/2014).

se posicionamento, numa visão eminentemente processual, numa análise micro, de forma a pensar na excelência processual almejada, não importando a sua consequência de atraso na resolução da demanda, necessidade de ida e vinda do processo ao STJ, volta ao tribunal e, posteriormente, nova ida ao STJ para uma solução final ao recurso e à demanda como um todo.

A pergunta pertinente passa pela visão de manutenção, ou não, de tal súmula pelo STJ, uma vez que o art. 1.025 praticamente encerra a necessidade de tal cuidado do recorrente, pelo fato de o acórdão conter as suscitações do recorrente? A resposta inicial é que a súmula não merece guarida diante da realidade proposta no CPC/2015, uma vez que o prequestionamento passou a ser considerado como o ficto, diante da alegação realizada pela parte, no caso de omissão no acórdão do recurso principal, nos embargos de declaração.

De certo modo, o art. 1.025 foi concebido de modo antagônico à súmula 211.

Por tal concepção, a súmula, tal qual interpretada no CPC/73, deve ser extinta. No entanto, julgado recente do STJ menciona a súmula para a negativa de recurso especial.⁴ A dúvida persiste: a sistemática de prequestionamento continua a mes-

⁴ AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.024.696 - RS (2016/0314935-4) RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI AGRAVANTE : JURACI TEREZINHA MARTINS DOS SANTOS ADVOGADOS : GABRIEL DINIZ DA COSTA - RS063407 NÁDIA MARIA KOCH ABDO - RS025983 ANA PAULA RUSCHEL DA CUNHA - RS055405 ANDRESSA SILVEIRA DE LIMA E OUTRO (S) - RS083029 AGRAVADO : EVA MARGARETE RIBEIRO DOS SANTOS ADVOGADOS : DANIELE SANDRI SOLIGO E OUTRO (S) - RS072181 TIAGO DOS SANTOS CASTRO - RS087501 PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C/C PEDIDO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA. 1. Ausentes os vícios do art. 1022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. A ausência de decisão acerca do tema impugnado, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 4. A falta da similitude fática requisito indispensável à demonstração da divergência inviabiliza a análise do dissídio. 5. Agravo conhecido. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. DECISÃO Cuida-se de agravo interposto por JURACI TEREZINHA MARTINS DOS SANTOS, contra decisão que negou seguimento a recurso especial fundamentado nas alíneas a e c do permissivo constitucional. Agravo em Recurso Especial interposto em: 17/10/2016. Concluso ao gabinete em: 07/12/2016. Ação: de indenização por danos

ma? Ao analisar o acórdão recente sobre tal utilização, houve no recurso especial a suscitação de matérias que não foram mencionadas no bojo dos embargos e, assim, também não foram respondidas na decisão embargada, o que leva a não poder inovar em sede de recurso especial.

Ao pé da letra, a súmula impossibilita o recurso especial de questão não enfrentada, ainda que interpostos embargos de declaração. Nessa hipótese, o recurso suscitou matéria que o recurso corretivo não suscitou, ou seja, não se utilizou, o embargante, do art. 1.025, sem desincumbir-se de sua obrigação recorrente. A adequação da súmula 211 nessa situação tem enquadramento totalmente diferente de sua concepção e, de modo fático, diverso do art. 1.025. Uma sobrevida desnecessária de tal súmula, numa interpretação inadequada.

materiais c/c pedido de compensação por danos morais, ajuizada pela agravante, em face de EVA MARGARETE RIBEIRO DOS SANTOS, na qual busca a restituição de valores indevidamente recebidos pela agravada através de procuração fornecida pela agravante. Sentença: julgou improcedentes os pedidos da agravante e a condenou por litigância de má-fé, por ter alterado a verdade dos fatos e deduzido pretensão contra fato incontroverso. Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela agravante. Embargos de declaração: opostos pela agravante, foram rejeitados. Recurso especial: alega violação dos arts. 371, 373 e 1022 do CPC/15, bem como dissídio jurisprudencial. Além da negativa de prestação jurisdicional, sustenta que não praticou qualquer conduta que justifique a condenação por litigância de má-fé. RELATADO O PROCESSO, DECIDE-SE. - Da violação do art. 1022 do CPC No acórdão recorrido não há omissão, contradição ou obscuridade. Isso porque o Tribunal de origem enfrentou todas as questões levadas à sua apreciação por ocasião da interposição da apelação. Dessa maneira, o art. 1022 do CPC não foi violado. - Da ausência de prequestionamento O acórdão recorrido não decidiu acerca de suposta violação dos artigos 371 e 373 do CPC/15, apesar da interposição de embargos de declaração. Por isso, o julgamento do recurso especial é inadmissível. Note-se, ainda, que tais dispositivos sequer foram citados no recurso integrativo oposto. Aplica-se, nesse caso, a Súmula 211/STJ. - Do reexame de fatos e provas Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere à caracterização da litigância de má-fé (por ter alterado a verdade dos fatos), exige o reexame de provas e fatos, procedimento que é vedado pela Súmula 7/STJ. - Da divergência jurisprudencial Quanto à interposição pela alínea c, cumpre asseverar que a falta da similitude fática requisito indispensável à demonstração da divergência inviabiliza a análise do dissídio. Forte nessas razões, CO-NHEÇO do agravo para CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa parte, NEGAR-LHE PROVIMENTO, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, b, do RISTJ. Publique-se. Intime-se. Brasília, 07 de março de 2017. Ministra NANCY ANDRIGHI Relatora (STJ - AREsp: 1024696 RS 2016/0314935-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJ 15/03/2017)

2.2 Da súmula 356 do STF e o reconhecimento do prequestionamento ficto

Em total contraponto ao entendimento do STJ e, até mesmo, anterior a este, existe a súmula 356 do STF, declarando que em relação ao “ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”.

Para o STF, por muito tempo, com essa súmula, o necessário, no tocante da interposição do recurso extraordinário sobre o requisito de admissibilidade do prequestionamento, não seria a resposta do Tribunal recorrido sobre os eventuais embargos de declaração prequestionadores interpostos para sanar omissão, e sim a simples interposição destes, independentemente do resultado, ainda que sejam julgados desprovidos.

Esse entendimento, a nosso ver equivocado, surgiu em decorrência de errônea interpretação da Súmula 356 do Supremo tribunal Federal, do seguinte teor: ‘O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento’. Aludindo ao referido enunciado, Alfredo Buzaid, em decisão exarada em 1983, expôs que ‘através dos embargos declaratórios se prequestiona no Tribunal de origem a questão federal, a qual fica, portanto, ventilada, independentemente da solução dada’ (MEDINA, 2009, p. 246).

Essa visão fez com que o STF adotasse o chamado “prequestionamento ficto”, o que Bueno (2000) coloca, de forma explicativa, como a “suficiência da oposição dos declaratórios para configuração do prequestionamento e, pois, cabimento do extraordinário, sendo indiferente, ao menos como regra, a resposta dada a estes declaratórios pelo Tribunal *a quo*”.

O nome corretamente dado de “ficto” recai exatamente em seu significado morfológico, uma ficção entre a interposição de embargos de declaração com intuito de prequestionamento e a sua consequente possibilidade de ausência de resposta jurisdicional sobre a referida omissão.

De certo modo, a própria conceituação do prequestionamento ficto envereda-se por admitir sua ficção, ou seja, a existência de um “não prequestionamento” para, a partir daí, considerar esta situação como um prequestionamento válido por ser um erro dos julgadores a manutenção da omissão, não prejudicando o jurisdicionado.

O STF em entendimento diametralmente oposto, originariamente no julgado do RE 210.638/SP, Min. Rel. Sepúlveda Pertence, por sua primeira Turma (vide Informativo nº 107 do STF), e depois, por seu Pleno (vencido o Min. Marco Aurélio), no RE 219.934-2/SP, Rel. Min. Octávio Gallott, julgado em 14.6.2000 (vide Informativo nº 193), decidiu reinterpretar a sua Súmula 356 ('O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento'), de modo a entender que, oposto embargos de declaração, já se encontra prequestionada a matéria, incumbindo ao Tribunal Superior, de logo, examinar a questão de fundo (KOEHLER, 2007, p. 68).

Ou, ainda, atribuir à conceituação do prequestionamento como um mero ato, ao menos nos embargos, da mera suscitação, um verdadeiro "questionamento".

De todo modo, o STF entende o prequestionamento como a simples interposição dos embargos de declaração com tais fins, com a parte, ao ter cumprido o ônus que lhe incumbia, para tal desiderato, não podendo ser prejudicada pela insistência tergiversante do Judiciário. Alegada matéria omissa dentro do recurso reparatório de omissão, prequestionada a matéria está, concedendo à parte o direito de ingressar com o seu recurso extraordinário, valendo-se de um prequestionamento válido.

Havia, então, uma evidente divergência de entendimentos sobre o conceito do instituto e sua aplicabilidade prática pelo STJ e STF, ao menos sob a égide do CPC/73. Prova disso é que em diversos julgados, no próprio teor do fundamento, há o enfrentamento da matéria, elencando as diferenças de posicionamentos entre os dois tribunais superiores. O STJ, por diversas vezes, cita a divergência de entendimentos, arrazoando que não há ofensa a garantias constitucionais, tampouco não causa espanto para esse Tribunal, reconhecendo as diferenças, citando-as até para defender em seus julgamentos o constante na linha de pensamento do Tribunal.⁵

⁵ Processo Civil. Recurso Especial. Recurso Extraordinário. Prequestionamento. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça estabeleceram critérios diferentes para identificação do prequestionamento no recurso extraordinário (STF – Súmula 356) e no recurso especial (STJ – Súmula 211). A orientação consolidada na Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça não ofende as garantias constitucionais da ampla defesa, do acesso ao Judiciário e do devido processo legal, nos termos do que foi decidido no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 198.63-1, Relator Min. Sepúlveda Pertence (DJU, 19/12/97, p. 48). Embargos de Declaração

Sempre houve, sobre tal matéria, um aparente conformismo sobre a discrepância jurídica adotada, argumentando-se que cada Tribunal tem autonomia para defender seus posicionamentos, mantendo, ao menos o STJ, seu posicionamento, seja em julgados antigos ou recentes.

Dessa forma, existiam duas visões diferentes e antagônicas de Tribunais Superiores, de maneira que, apesar de finalidades diferentes, muitas vezes um mesmo processo passará por ambos os Tribunais, tendo que lidar com ambas as orientações, numa dúvida total de qual caminho seguir, ou “aceitando” o que seria prequestionamento para o momento processual que lhe couber. Essa situação demonstra que o jurisdicionado em geral, mas a parte em determinada demanda, fica à mercê de entendimentos contrários internos do próprio Judiciário, adaptando-se em cada recurso à regra diferente, numa total ausência de coerência jurisprudencial. Desde a edição da súmula 211, não há preocupação sobre essa diferença pelos Tribunais.

E, muito mais espantoso, é a referência feita nos acórdãos estudados que demonstram que a diferença existe, com total ciência, de longa data e com aplicabilidade ampla até a vigência do CPC/73, com cada Tribunal seguindo a sua própria lógica, deixando a aplicabilidade do Direito e sua vertente processual com posições desarmoniosas.

O complexo de tal situação sempre foi a falta de positivação do prequestionamento, deixando somente à mercê do brocardo

rejeitados. (STJ, 2ª Turma, Embargos de Declaração em Resposta Especial nº 158.140/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 23/11/98, P.166). AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. SÚMULA Nº 211/STJ. 1. A matéria versada no artigo apontado como violado no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente, não foi indicada a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente desta Corte Superior, adota o chamado prequestionamento ficto, ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios, ainda que sejam rejeitados, sem nenhum exame da tese constitucional, bastando que esta tenha sido devolvida por ocasião do julgamento. 3. A mera alegação do dispositivo extraído do relatório desenvolvido pelo relator configura narração, não sendo considerada efetiva manifestação valorativa sobre o tema tratado, não preenchendo, assim, o requisito do prequestionamento. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1462068 MG 2013/0311951-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015)

“causas decididas”, como forma de interpretar a necessidade do prequestionamento, possibilitando contradições como essas na jurisprudência pátria.

Espanto causava a irredutibilidade do STJ, mesmo que, processualmente, num prisma eminentemente técnico, esteja correto, confronta-se com entendimento longo do STF, com fixação e manutenção de entendimento por esse Tribunal.

2.3 A instabilidade da aplicação da súmula 356 no Supremo Tribunal Federal e a aderência ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça

O complexo da necessidade de estabilização conceitual do prequestionamento recai não somente na diferença de entendimentos na jurisprudência de ambos os Tribunais Superiores e na doutrina, mas na mudança de posicionamento anteriormente pacificado. O STF, aplicador por muito tempo do prequestionamento ficto, vinha relativizando, há algum tempo, a utilização da súmula 356, adotando por diversas vezes posicionamento idêntico ao da súmula 211 do STJ.

Quando o anteprojeto do CPC/2015 foi criado, entre 2009 e 2010, o STF tinha pacificação sobre a utilização na íntegra de sua própria súmula 356, com a simples utilização dos embargos de declaração para fins de prequestionamento, com a independência, para esse fim, do pronunciamento judicante. Essa pacificação influenciou a comissão de elaboração do anteprojeto a optar pelo prequestionamento ficto.

Como o trâmite legislativo de uma codificação tem um tempo próprio, durante esse período, a Suprema Corte em diversos julgamentos utilizou-se de posicionamentos contrários à sua própria súmula, com uma tendência a utilizar mais o entendimento do STJ, aquele pertinente à súmula 211. Medina (2014), ao versar sobre o assunto em questão, ainda durante a tramitação legislativa, defendia que “tal redação foi formulada no início do ano de 2010, época em que ainda não se esperava que a jurisprudência do STF viesse a cambiar, a respeito. Hoje, contudo, à luz da viragem jurisprudencial referida, considero que a Câmara dos Deputados deveria rever a redação do dispositivo que trata do tema, no projeto do novo CPC”.

Mesmo diante de tal situação, essa questão não foi alterada como a opção pela positivação do prequestionamento, mantendo o posicionamento do anteprojeto, mesmo diante da sensível alteração jurisprudencial do STF, optando pela forma mais benéfica ao processo, não a visão mais completa processual. Diver-

sos julgados demonstram a mudança de posicionamento das turmas do STF sobre a sua própria súmula, tergiversando sobre a utilização desta, desde julgamentos de certa data até julgamentos recentes.⁶ O rigor da técnica processual, da necessidade do enfrentamento jurisdicional sobre a questão, legal ou constitucional, cativou não somente a ponto da preferência processual pela súmula 211, mas da tendência clara de mudança de entendimento no STF.

No meio de uma jurisprudência instável, na trilha pela pacificação entre os Tribunais, o CPC/2015 optou pelo prequestionamento ficto, entendimento totalmente diverso do que tendia a ser pacificado por ambos os Tribunais Superiores, mas com o intuito de possibilitar aos cidadãos uma prestação jurisdicional mais célere, com maior ênfase na resolução das demandas em caráter meritório. Numa intenção paulatina de adoção do STF à jurisprudência pacificada do STJ, altera-se tudo com a nova codificação, optando pelo prequestionamento ficto como meio correto, diante da inserção do art. 1.025.

3 O prequestionamento no CPC/2015

O CPC/2015, desde a sua visualização como anteprojeto, teve o intuito de buscar a minoração da jurisprudência defensiva pelos

6 O requisito do prequestionamento obsta o conhecimento de questões constitucionais inéditas. Esta Corte não tem procedido à exegese a contrario sensu da Súmula STF 356 e, por consequência, somente considera prequestionada a questão constitucional quando tenha sido enfrentada, de modo expresso, pelo Tribunal a quo. A mera oposição de embargos declaratórios não basta para tanto. Logo, as modalidades ditas implícita e ficta de prequestionamento não ensejam o conhecimento do apelo extremo. Aplicação da Súmula STF 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. O reconhecimento da acenada violação do princípio da legalidade pressuporia a revisão da exegese de normas infraconstitucionais acolhida pelo Tribunal regional, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula STF 636. [...] 3. Por fim, como o Superior Tribunal de Justiça deu parcial provimento ao recurso especial interposto apenas para afastar a multa aplicada (art. 538, parágrafo único, do CPC), mantendo os fundamentos legais por si sós suficientes para manter o aresto atacado na parte referente à incidência tributária, o extraordinário mostra-se completamente inábil para, isoladamente, reverter o julgado, de modo que se aplica o óbice da Súmula 283/STF. 4. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Intime-se. Brasília, 9 de fevereiro de 2015. Ministro Teori Zavascki Relator (STF - RE: 862496 SP - SÃO PAULO 0170784-06.2006.8.26.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 09/02/2015)

Tribunais, principalmente os Superiores, bem como, ao máximo, tentar positivar dúvidas jurisprudenciais processuais, com a tendência a proporcionar um procedimento mais efetivo, mais meritório. A questão do prequestionamento mereceu atenção por esse ponto de melhoria, com o intuito de proceder pela retirada de dúvidas pertinentes.

Conforme já levantado, o prequestionamento, mesmo com a inserção em dois momentos no CPC/2015, não tem uma especificação legal, uma conceituação definitiva, de modo a parecer correto afirmar que o “prequestionamento não é objeto de qualquer norma jurídica no ordenamento brasileiro” (BUENO, 2000), sendo, então, qualquer conceito uma construção totalmente jurisprudencial, com interlocução doutrinária, até por sua importância, “permanece necessário o prequestionamento, malgrado a Constituição não mais conter o termo acima apontado, ausente também das leis processuais” (RIBEIRO, 1999, p. 245).

Diante das inovações processuais oriundas da sanção do CPC/2015, positivar institutos doutrinários sempre se torna salutar, o que, de igual modo, se vê nesta situação. Dessa maneira, o texto final sancionado incluiu, claramente, o prequestionamento como um dispositivo legal, de forma clara, seguindo como entendimento a súmula 356 do STF, apesar de não o conceituar nitidamente.

Conforme o art. 1.025 do texto consolidado do CPC/2015: “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

Salutar esse posicionamento, primeiro de se positivar o instituto, tirando-o da seara das construções e digressões jurisprudenciais/doutrinárias e colocando-o na letra da lei, claro, conciso e determinando o seu entendimento, mesmo que sem uma conceituação primorosa ou detalhada.

3.1 A escolha pelo prequestionamento ficto

No momento de se positivar o prequestionamento, levou-se em consideração a necessidade de se inserir, no texto legal, um entendimento claro do que seria o instituto, para seguir uma das tendências conceituais preexistentes, não o deixando à mercê novamente da jurisprudência e da doutrina, mas optando, claramente, por qual espécie de prequestionamento legalmente seguir.

A delimitação do tema realizou-se de modo a não justificar mais discussões, e sim inserir o prequestionamento como um instituto consolidado, como uma definição legal, não somente sobre sua existência e pertinência, mas sobre o entendimento de qual postura adotar diante de tanta divergência jurisprudencial e doutrinária.

Do CPC/2015 pode-se extrair a conceituação do *prequestionamento* como um ato da parte, cominado com o juízo, quando realizado no recurso principal, e, posteriormente, quando no momento da correção, realizada via embargos de declaração, como um ato somente da parte, independente da manifestação judicial sobre o tema, incluindo as alegações realizadas destes embargos como inerentes ao acórdão em si, à decisão judicial.

De certo modo, o prequestionamento tem dois momentos e sentidos, um quando ocorre o julgamento principal e outro, se pertinente, quando deve corrigir o colegiado, de modo a fazê-lo versar sobre tal ponto ou matéria. Nesse segundo momento de prequestionamento, a acepção da palavra prequestionar foi utilizada de maneira que a parte questione o Judiciário, a simples exposição da matéria, com o requerimento de enfrentamento da matéria pelo Tribunal recorrido, já cumpre a medida do prequestionamento, independentemente da análise judicial.

Quando ocorre a omissão no acórdão do recurso principal, não há que se esperar, no julgamento de eventuais embargos, que o Judiciário, via aquele colegiado, responda aos questionamentos ventilados, impossibilitando, por vezes, a interposição de um recurso por uma manutenção indevida de uma omissão no acórdão. O fato de a parte alegar, em embargos de declaração, que há omissão, delimitando, fundamentadamente, quais os pontos omissos, possibilita, pela dicção do art. 1.025, a rediscussão da matéria em grau superior, restando tal ponto como prequestionado.

Um avanço processual, um olhar para o futuro e pela celeridade processual.

Dessa forma, o legislador seguiu o entendimento do STF, com a base da súmula 356, no sentido de bastar à oposição dos embargos declaratórios questionadores da questão, para esta restar totalmente prequestionada, podendo, desde já, ser analisada pelo Tribunal Superior, em eventual recurso excepcional – especial ou extraordinário.

Com a interposição dos embargos de declaração da parte, ao ventilar matéria que incorra em erro, omissão, contradição ou obscuridade, caso o Tribunal Superior opine pela existência

destes, a matéria estará prequestionada, ainda que o recurso aclaratório tenha sido inadmitido ou rejeitado, havendo a mera alegação do recorrente sobre tais pontos, possibilita-se o conhecimento da matéria pelo Tribunal Superior, pela fundamentação contida nos embargos da parte.

Importante salientar que mesmo com a rejeição ou inadmissão dos embargos de declaração, a postulação do embargante funciona como prequestionamento, não a decisão judicial do Tribunal recorrido. Somente barra essa visão prequestionadora se os embargos forem não conhecidos por intempestividade, o que importaria em trânsito em julgado e, a princípio, até na impossibilidade de interposição de recurso excepcional.

3.1.1 Pontos processuais favoráveis ao prequestionamento ficto

O CPC/2015, ao realizar a escolha pelo prequestionamento em sua maneira ficta, orienta-se por razões processuais, uma busca pela efetividade da prestação jurisdicional, almejando uma entrega processual meritória mais célere, afinal “o que importa acima de tudo, como ficou dito, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado ‘processualismo’ (tal é o aspecto negativo do reconhecimento do seu caráter instrumental)” (DINAMARCO, 2001, p. 309/310).

O processo, em sua concepção, deve incentivar uma duração razoável, um deslinde normal diante das situações fáticas colocadas ao Judiciário. Criação de meios de minorar a demora na prestação jurisdicional, estimular meios de instrumentalizar o processo, retirando amarras processuais, relativizando possibilidades processuais, escolhendo caminhos legislativos para uma efetividade maior do processo. São muitos pontos favoráveis à escolha do prequestionamento ficto, a definição desse instituto primou pela economia processual, um avanço na aplicabilidade da lei e no concernente a um processo justo.

O princípio da instrumentalidade das formas deve ser considerado como ponto positivo para a opção legislativa do prequestionamento. O processo nada mais é do que um instrumento para chegarmos ao deslinde material do direito, à resolução do mérito, tanto da ação quanto do recurso. Não deve o processo e sua tecnicidade serem mais importantes no direito do que a matéria, a solução ao conflito de interesse ali disposto.

O prequestionamento, enquanto requisito de admissibilidade dos recursos excepcionais, deve auxiliar os Tribunais Su-

periores para uma melhor prestação jurisdicional, com serventia para uma resposta judicial mais completa do Tribunal recorrido, bem como uma impugnação mais completa e pertinente do acórdão. Não deve servir como um simples óbice ao trâmite recursal, travando a possibilidade de análise do mérito do recurso.

Há muito tempo, a doutrina, diante desse tema, especificava a necessidade de unificação de posicionamentos entre os Tribunais Superiores:

Essa instabilidade no entendimento jurisprudencial é muito prejudicial à configuração dos institutos jurídicos, sobretudo quando diz respeito ao cabimento de recursos extraordinários. Que o STF defina, efetivamente, seu entendimento: admite-se ou não o prequestionamento ficto? Pelo que se vê desses precedentes da sua 1ª Turma, não se admite mais o prequestionamento ficto (CUNHA; DIDIER JR., 2014).

Com a dicotomia anteriormente existente sobre a interpretação que cada Tribunal Superior concedia ao instituto do prequestionamento, o jurisdicionado não tinha uma noção exata do direito ali interpretado, alterando de acordo com o Tribunal e o recurso interposto o aspecto processual ali existente.

Ao dispor sobre o prequestionamento no art. 1.025, o CPC/2015 pacifica legalmente a matéria, optando pela forma ficta, dirimindo dúvidas na letra da lei, estabelecendo um parâmetro único ao instituto, com o intuito de pacificação de entendimentos, utilizando-o, portanto, uniformemente.

3.2 O impacto da escolha do CPC/2015 de processo na jurisprudência dos Tribunais Superiores

Ao dispor sobre o prequestionamento ficto, o art. 1.025 revoluciona a admissibilidade dos recursos excepcionais, promovendo uma mudança enorme no cotidiano jurídico dos Tribunais Superiores, principalmente do STJ, com consequências processuais evidentes e impactantes, com fundamento claro na escolha de maior importância aos princípios da celeridade e economia processual.

Os Tribunais, cada qual a sua maneira e tempo, serão impactados pelo novo entendimento legal de conceituação sobre o prequestionamento, de modo diverso do que o outrora utilizado, ensejando uma necessária revisão no dia a dia dos julgamentos desses Tribunais para adaptação ao novo texto legal.

3.2.1 O impacto no Superior Tribunal de Justiça

A direção tomada pela nova concepção legal do instituto do prequestionamento, dada pelo art. 1.025, conflita com a jurisprudência praticada no STJ durante a vigência do CPC/73, como já explicitado anteriormente, o que importa na necessidade de revisão do posicionamento para o enquadramento à nova lei.

O CPC/2015, de modo geral, inutiliza a súmula 211 do STJ e sua aplicabilidade, contendo caráter contraposto ao definido como posicionamento desse Tribunal Superior, inclusive com jurisprudência sobre o tema⁷, ainda no final da égide do CPC/73. Com a alteração na letra legal, o natural será que esses Tribunais Superiores trilhem novo entendimento em volta da técnica processual recursal definida no CPC/2015, mesmo que isso represente impacto na concepção dos membros da Corte, bem como de posicionamento do Tribunal como um todo.

Especificamente no STJ, não há mais necessidade da interposição do recurso especial, como era anteriormente, com mérito somente sobre a omissão contida no acórdão recorrido, com o intuito de saná-la, diante de uma violação ao art. 535, II, do CPC/73, e alegando ausência de resposta jurisdicional sobre ponto ou pedido suscitado pelas partes, ensejando nulidade do acórdão, por omissão, almejando a declaração dessa situação e o retorno dos autos, ao Tribunal *a quo*, para uma decisão que enfrente a matéria.

Essa é uma realidade não mais existente no CPC/2015.

⁷ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. SÚMULA Nº 211/STJ. 1. A matéria versada no artigo apontado como violado no recurso especial não foi objeto de debate pelas instâncias ordinárias, sequer de modo implícito, e embora opostos embargos de declaração com a finalidade de sanar omissão porventura existente, não foi indicada a contrariedade ao art. 535 do Código de Processo Civil, motivo pelo qual, ausente o requisito do prequestionamento, incide o disposto na Súmula nº 211/STJ. 2. O Supremo Tribunal Federal, diferentemente desta Corte Superior, adota o chamado prequestionamento ficto, ou seja, considera prequestionada a matéria pela simples oposição de embargos declaratórios, ainda que sejam rejeitados, sem nenhum exame da tese constitucional, bastando que esta tenha sido devolvida por ocasião do julgamento. 3. A mera alegação do dispositivo extraído do relatório desenvolvido pelo relator configura narração, não sendo considerada efetiva manifestação valorativa sobre o tema tratado, não preenchendo, assim, o requisito do prequestionamento. 4. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no REsp: 1462068 MG 2013/0311951-6, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2015).

Agora, opostos os embargos de declaração suscitando os pontos omissos da decisão colegiada, mesmo que não sejam enfrentados ou rejeitados, a matéria estará prequestionada, possibilitando à parte, desde logo, interpor o recurso excepcional pertinente àquela situação, ainda que seja o recurso especial para o STJ.

Uma alteração no *modus operandi* do STJ, uma alteração drástica de um posicionamento pacificado e sumulado. Há, depois do CPC/2015 e sua positivação, uma necessidade de adaptação dessa Corte Superior ao novo prequestionamento, um recondicionamento no julgamento dos recursos especiais, possibilitando o julgamento de mérito ampliado (numa clara manifestação do princípio da primazia ao julgamento de mérito), proporcionando mais conhecimento aos recursos.

No entanto, o impacto deve demorar mais sobre os recursos especiais, uma vez que aqueles interpostos com base no CPC/73 e que ainda estão em trâmite no STJ, impugnados ainda na forma e égide da súmula 211, não devem ter a interlocução do art. 1.025 e o novo prequestionando, tornando a adaptação à nova lei mais demorada, somente para os novos recursos posteriores ao CPC/2015.

3.2.2 O impacto no Supremo Tribunal Federal

No caso do STF, havia uma divergência jurisprudencial, um pouco antes da vigência do CPC/2015, após muito tempo com entendimento pacificado. Anteriormente à nova codificação entrar em vigor, havia uma tendência de alteração para uma adesão pelo entendimento exposto pelo STJ e a súmula 211, muito pela absorção de ministros daquela Corte para o STF, o que explicitava uma mudança para uma técnica processual mais apurada, com observância maior ao procedimento do que à resposta ao jurisdicionado.

Essa era a tendência antes do CPC/2015.

Historicamente, o STF tinha posicionamento pelo prequestionamento ficto, porém ao instabilizar/relativizar sua jurisprudência com julgados recentes, nos últimos anos do CPC/73, admitindo o predisposto na súmula 211 do STJ, o STF caminhava na contramão do que o novo ordenamento queria, seja para o processo, como um todo, e suas diretrizes para o prequestionamento.

O art. 1.025 somente impacta o STF a manter o que já realizava anteriormente, se aceitavam o prequestionamento ficto, com o CPC/2015 devem fazê-lo mais ainda, com embasamento

legal, uma vez opostos os embargos de declaração prequestionadores, e, ainda assim, o acórdão prolatado persistir em sua omissão, a questão é considerada prequestionada, não importando o teor da prestação jurisdicional, somente com relevância ao suscitado nos referidos embargos.

Na decisão de como trilhar o instituto processual, a legislação primou pela maior celeridade alcançada pelo prequestionamento ficto, adotando essa técnica, mesmo quando o STF tendia a superar esse entendimento. Essa opção do CPC/2015, para o STF, significa uma volta ao passado, uma readaptação a essa técnica de prequestionamento, priorizando as partes, considerando o equívoco de eventual erro pelo Tribunal *a quo*, não recaindo para o recorrente o ônus de algo que realizou a sua contenda, ou seja, a sua obrigação, a sua interposição do prequestionamento via embargos. Se o Tribunal recorrido não conseguiu prestar uma jurisdição completa, com a manutenção de omissão na decisão, não se pode culpar o jurisdicionado, a parte daquela demanda.

3.3 O aproveitamento processual do art. 1.029, § 3º e o prequestionamento

O CPC/2015 almeja o julgamento da demanda e, conseqüentemente, também o julgamento do recurso, em seu direito material, a resposta concreta ao jurisdicionado sobre a questão posta em juízo. Para tanto, diversos pontos do novel ordenamento relativizam os erros processuais de admissibilidade recursal, possibilitando a correção do vício ou o próprio julgamento do recurso, podendo exemplificar alguns, como o art. 932, parágrafo único, com especificação na teoria geral dos recursos ou, ainda, de forma mais específica, no art. 1.029, § 3º ao dispor somente sobre os Tribunais Superiores.

Há uma notória preocupação, no CPC/2015, em possibilitar o julgamento do recurso, pormenorizando sua admissibilidade, transformando-o em importância menor do que a atribuída pelo CPC/73. Diante da nova realidade, dependendo do vício recursal, não será mais o caso de inadmissibilidade direta, possibilitando à parte o prazo para correção do vício, imaginando que, dessa forma, com alguns dias a mais para o dever de prevenção, com a possibilidade de sanabilidade, não atrasa demasiadamente o processo, pelo contrário, salva o recurso e o direito ali vindicado.

O intuito é julgar a demanda.

Mas analisando detalhadamente o art. 1.029, § 3º, no tocante exclusivo aos Tribunais Superiores, há a ressalva do “des-

de que não o repute grave” ao dispor sobre o vício formal do recurso. O que seria, no entanto, vício grave? O prequestionamento pode ser enquadrado como um requisito a ser corrigido?

Ao longo das subseções sobre o prequestionamento, discurremos que na junção macro de suas concepções conceituais, é a manifestação ou a busca pela manifestação do Tribunal recorrido sobre determinada matéria ventilada no recurso principal ou em recurso aclaratório, quando a decisão do primeiro recursal for omissa. Quando um acórdão enfrenta todas as questões recursais, fundamentos, teses e pedidos, a resposta jurisdicional é completa, possibilitando à parte a impugnação de qualquer desses pontos para os Tribunais Superiores. O complexo do prequestionamento recai na omissão, quando esse acórdão deixa de enfrentar um ponto arguido no recurso e a consequente necessidade de interposição dos embargos de declaração para sanar aquela omissão.

Nesse ínterim, na existência de um vício de omissão no acórdão do Tribunal recorrido, mesmo diante do recurso especial interposto, sem a interposição de um recurso aclaratório, existem meios para o Tribunal Superior, com a análise do ministro-relator, se este verificar a falta de prequestionamento, pode determinar a sanabilidade de tal vício? Na visão que defendemos, a correção desse vício da ausência de prequestionamento seria questionar o Tribunal recorrido, remetendo-lhe os autos para manifestação, hipótese impossível e descabida. Não há como se corrigir um recurso sem prequestionamento, não há como sanar esse vício, estando o recurso já no Tribunal Superior.

E, ainda, se o recorrente excepcional não interpôs os embargos de declaração, sem argumentar sobre a omissão para o próprio Tribunal recorrido, há meio de sanar esse vício? O entendimento mais correto é a impossibilidade da utilização do disposto no art. 1.029, § 3º para os recursos aos Tribunais Superiores, quando o vício for sobre a ausência de prequestionamento, diante da impossibilidade de sanabilidade do vício.

Entretanto, o referido parágrafo, além da correção, possibilita aos Tribunais Superiores, mesmo sem a correção do vício, julgar o recurso, mediante a desconsideração de tal incorreção, com a visão de que em nada atrapalha tal julgamento, com a possibilidade de conhecimento da matéria meritória, contudo com a ressalva de não ser grave o vício.

Partindo do posicionamento de ser impossível o saneamento do prequestionamento, o Tribunal Superior poderia afastá-lo de sua necessidade para julgar diretamente o recurso? Não vis-

lumbro a relativização do prequestionamento e o conhecimento do recurso que detenha o vício de sua ausência, reputando-o como *grave*, o que emperra ultrapassá-lo para adentrar-se no mérito recursal. Apesar do precedente do próprio STF, em viés de exceção, sobre a relativização do prequestionamento quando a matéria for passível de reconhecimento de repercussão geral, não é um caminho processual pertinente, inclusive a legislação evoluiu para dar mais força para o prequestionamento, para, a meu ver, inclusive ultrapassar este precedente.

Como o resultado no CPC/2015 foi pela inclusão na letra da lei desse requisito de admissibilidade recursal, não há possibilidade de relativização de sua ausência.

3.4 O prequestionamento mesmo quando ventilado somente no voto vencido

O prequestionamento, na sua essência jurisprudencial até o CPC/2015, não admitia que a questão suscitada pela parte, ao ser ventilada somente pelo voto vencido, sem menção nos votos vencedores, constasse como matéria prequestionada.

Dessa maneira, o voto vencido, por mais que fizesse parte literalmente do acórdão, não dispunha de influência sobre a decisão, não servindo para suprir a omissão do Tribunal. Cunha (2004, p. 40) definia a questão que “o prequestionamento somente se configura, quando a matéria foi efetivamente abordada no acórdão ou na decisão que julgou a causa em última ou única instância, e considerando que o voto vencido não integra o acórdão, é evidente que a matéria que for apenas abordada no voto vencido não está prequestionada”.

Esse entendimento não somente correspondia à doutrina como também à jurisprudência sumulada, dispondo que a questão ventilada somente no voto vencido não tinha serventia para o prequestionamento.⁸ Acórdão, no ordenamento anterior, correspondia somente à parte em que os votos convergiam, no sentido de concordar com determinada tese ou caminho jurídico, o voto divergente vencido estava ali exposto formalmente, mas não integrava o acórdão como matéria, por não ser impactante no resultado do julgamento.

O art. 941, § 3º altera a concepção adotada e explicada acima, para dispor que o voto vencido integra o acórdão como um todo, para qualquer fim legal, expandido também para os fins

⁸ Súmula 320 do STJ: “A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

de *prequestionamento*. Ou seja, o enfrentamento da matéria recursal pelo voto vencido cumpre o *prequestionamento*. Essa inovação fortalece, ainda mais, o instituto, ampliando o leque de sua incidência, aproveitando o voto vencido e sua argumentação jurídica, seja no julgamento do recurso principal ou nos próprios embargos.

Essa alteração almeja uma maior celeridade processual, aumentando a possibilidade dos recursos aos Tribunais Superiores, bem como diminuindo os requisitos defensivos.

3.5 O *prequestionamento* e a questão de ordem pública ou cognoscível de ofício

As matérias de ordem pública, por mais que vinculem o juízo de primeiro e segundo grau a manifestarem sobre estas de forma oficiosa, não se tem essa mesma possibilidade para os recursos para Tribunais Superiores - especial e extraordinário - não sendo contemplados estes com o efeito translativo. Desse modo, os Ministros, seja do STJ ou STF, não podem, oficiosamente, no julgamento dos recursos de suas respectivas competências, enfrentar, sem requerimento e *prequestionamento*, matéria de ordem pública, ainda que verificada pelo relator ou qualquer outro membro do colegiado, restando impossibilitado de tal feito.

A matéria de ordem pública não tem impossibilidade de ser arguida, somente sendo cabível quando houver a impugnação pela parte recorrente, necessitando do *prequestionamento*, devolvendo a matéria via efeito devolutivo, não translativo. Sobre a matéria, Câmara (2004, p. 132-133) expunha, ainda na égide do CPC/73, claramente:

A impossibilidade de conhecer questões que não tenham sido objeto de decisão expressa pelo órgão a quo impede, até mesmo, que o STJ e o STF, quando do julgamento dos recursos aqui considerados, apreciem questões de ordem pública que poderiam ser examinadas de ofício (como as condições da ação e os pressupostos processuais), mas que não tenham sido alvo de *prequestionamento*.

As matérias de ordem pública, por maior e ampla nulidade que causem no processo de conhecimento, são oriundas do direito processual, hierarquicamente menor do que as normas de cabimento dos recursos excepcionais, por nestes os pressupostos serem constitucionais, prevalecendo o entendimento de admissibilidade da necessidade do *prequestionamento*. De acordo com Medina (2009, p. 140), ao discorrer sobre o tema, ainda

sob a égide do CPC/73, “conclui-se que o comando previsto nos artigos 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º do Código de Processo Civil não prevalece sobre o disposto nos artigos 102, III, e 105, III, da Constituição Federal de 1988”.

O mesmo entendimento deve ser realizado mediante o CPC/2015, ainda que isso impossibilite os Tribunais Superiores de alcançar algumas matérias e, num primeiro momento, pareça uma manutenção complexa de jurisprudência defensiva.

As questões de ordem pública podem ser apreciadas pelos Tribunais Superiores, somente não em caráter *ex officio*, necessitando a matéria ser ventilada no acórdão impugnado, ou estar prequestionada via embargos de declaração, nos moldes do atual art. 1.025, e com impugnação específica, com pedidos expressos de devolução da matéria nos seus recursos, sejam eles especiais ou extraordinários.

3.6 A opção pelo jurisdicionado

Sobre o tema, antes mesmo do CPC/2015, Cunha e Didier Jr. já manifestavam como correta a postura do STF e sua súmula 356 pela aceitação do prequestionamento ficto, considerando já inserido o instituto pela simples interposição dos embargos. A opinião era fundada pelo fato de que “não submete o cidadão ao talante do tribunal recorrido, com a sua recalcitrância no suprimento da omissão, simplesmente retiraria do recorrente o direito de se valer das vias extraordinárias” (CUNHA; DIDIER JR., 2012, p. 277/278).

Não se pode admitir que o cidadão, o jurisdicionado que busca o Estado para a resolução de seu conflito de interesses, possa, por uma inabilidade/insistência equivocada do Tribunal *a quo*, ter a interposição do seu recurso excepcional tergiversada, impossibilitada por uma continuidade de omissão no ato judicial.

Com o Judiciário brasileiro cada vez mais afogado por processos múltiplos e a necessidade de priorizar a duração razoável do processo, pertinente se impor que eventuais equívocos dos Tribunais recorridos – estaduais ou regionais – em não enfrentar pedidos ou matérias, não pode ser motivo para não julgar, quando a parte cumpre seu mister de prequestionar. O *modus operandi* da súmula 211, apesar da tecnicidade processual apurada, entrava em conflito com a busca da celeridade na prestação jurisdicional. A devolução da matéria ao Tribunal Superior, quando a parte questiona o Tribunal *a quo*, possibilita a rediscussão, não causando, de todo modo, prejuízo ao processo

ou supressão de instância, alcançando, nessa sistemática, a qualidade possível almejada para enfrentar-se o mérito recursal.

O prequestionamento ficto tem como ator principal a parte, aquela que cumpriu seu mister de alegar, de pleitear a complementação da prestação jurisdicional, levando em consideração o possível *erro in procedendo*.

Afinal, decisão omissa é uma decisão com erro.

Não se pode punir o cidadão que busca no Judiciário a resolução prática de seus anseios, não se pode querer que “as partes assumam falhas do Poder Judiciário” (GRAZIANO, 2007, p. 133).

Entre a maior tecnicidade do prequestionamento adotado pelo STJ e a celeridade do ficto, importante a opção legislativa pela última, “a parte não pode ser penalizada por faltas que não são suas. A conduta que mais simboliza a diligência da parte é a oposição de embargos declaratórios antes da interposição dos recursos especial e extraordinário, com finalidade de incitar e exaurir discussão sobre temas legais e constitucionais” (BONDIOLI, 2007, p. 268/269).

O CPC/2015 preza pelo aproveitamento processual ao extremo da legalidade, almejando a resolução meritória do processo, passando pelo julgamento material do recurso, relativizando formalismos desnecessários para se conseguir julgar o recurso em sua plenitude, e, conseqüentemente, entregar ao jurisdicionado uma resposta judicial muito mais completa, conseguindo adentrar no cerne das questões.

Frustrante sempre é um acórdão que não conhece do recurso especial baseado na súmula 211, apesar de sua técnica processual apurada, dilapida anseios da parte recorrente, por um erro que, por mais que possa recair também sobre a própria parte, começa na prestação jurisdicional viciada/omissa do Tribunal *a quo*.

Inobstante teorias profundas e pertinentes sobre a criação e manutenção da súmula 211, acertada a decisão legislativa por optar pelo cidadão, por considerar prequestionada a matéria com a simples oposição de embargos declaratórios de tal fim.

Uma vitória processual. Um predomínio importante da súmula 356 do STF, mesmo quando o próprio já a abandonava, e da prestação jurisdicional como um todo.

3.7 A necessidade de ressignificação conceitual de causa decidida para compatibilidade com o art. 1.025

Diante de novas concepções processuais propostas pela novel legislação, o próprio processo civil deve ser visto diante de novo

prisma, com a adaptação do que conhecemos anteriormente a uma realidade diferente, justamente para conceder ao novo ordenamento aplicabilidade de uma legislação que almeja avanços. Em síntese, o processo civil deve ser analisado diante de novos ares, e não mais com olhos dos institutos e bases anteriormente visualizáveis.

Desse modo, verdades incontestes do ordenamento anterior podem e devem ser revistas para uma ressignificação de todos os institutos, moldando-se à nova processualística imaginada pelo ordenamento. Não há como entender as novas proposições com as concepções antigas inadequadamente.

A dúvida em questão, para tais concepções, é a seguinte: o art. 1.025 altera o conceito de “causa decidida”? E qual a relação desse dispositivo com a Constituição? São dois pontos de necessária reflexão para que entendamos a novidade trazida pelo novel ordenamento.

Sobre a primeira questão, entendemos que o termo “causa decidida” é um tanto abstrato, com a possibilidade de ressignificação pelo legislador infraconstitucional, uma vez que o próprio texto constitucional não soluciona sua conceituação. O que seria causa decidida? A princípio é a necessidade de que a questão a ser ventilada no recurso excepcional tenha sido enfrentada pelo Tribunal recorrido, com efetiva discussão sobre tal ponto.

No entanto, pelo teor do art. 1.025, persistindo omissão quanto a ponto ou questão não enfrentada efetivamente pelo colegiado, se o recorrente interpuser – independentemente do conteúdo da resposta judicial –, os embargos de declaração suprirão tal omissão, perfazendo as alegações ali inseridas, como parte do acórdão. Ou seja, o que se alega faz parte da decisão, uma vez que o Judiciário teria ali, insistindo no erro na prestação jurisdicional. De certo modo, o dispositivo citado redefine a conceituação de acórdão e, não tanto, de causa decidida, ao incluir o teor das alegações dos embargos na formação material daquele ato decisório.

Diante disso, excepcionalmente, nesse acórdão que julgou os embargos de declaração, as razões recursais fazem parte de seu conteúdo, entrando na visão de causa decidida, sem ter, desse modo, uma contrariedade ao termo disposto no texto constitucional.

E a dúvida sobre a possível inconstitucionalidade do art. 1.025 e a escolha pelo prequestionamento ficto? Não vislumbrando afronta à norma constitucional – nem quanto ao art. 102, III ou ao art. 105, III – pela visão complementar acima

explicada, não há um caráter estático no termo “causa decidida” que importe em não adaptá-lo ao caso em concreto, uma vez que não há uma conceituação específica sobre o tema. Ou seja, podemos ressignificar o conceito do brocardo de “causa decidida”, justamente por não ser tão inflexível, a ponto de impossibilitar esse novo prequestionamento, ou a positivação de modo ficto.

Opto por uma visão de constitucionalismo, de recepção do art. 1.025 como uma nova maneira de conceituação de “causa decidida”, incorporando o *modus operandi* ficto como uma das maneiras existentes de decisão. Essa escolha não impacta a norma processual como algo inconstitucional, importando que se ressignificará “causa decidida”, incorporando o dispositivo em sua nova concepção.

Conclusão

A chegada a um texto final do novo Código de Processo Civil acarreta novos estudos, alterações no cotidiano processual brasileiro, adaptações necessárias à nova realidade que está por vir. Verificar o que foi importante continuar, como os institutos se mantiveram inertes, como alguns evoluíram e como os legisladores inseriram novos institutos ou positivaram alguns que estavam na realidade processual diária, mas careciam de atenção legal.

O prequestionamento se enquadra nessa última vertente, um tema abrangente, importante, controverso desde sua concepção conceitual, percorrendo por sua utilização, bem como sua possibilidade de relativização. Necessária realmente era a sua regulamentação e, ainda, a escolha de qual entendimento o instituto processual em questão adotará na nova legislação.

Por mais tentadora que a argumentação da Súmula 211 seja na seara processual, diante tanto da necessidade de se respeitar que se julguem em esfera superior somente causas decididas, pensar que realmente para um processo civil perfeito necessária seria a manifestação completa do tribunal *a quo*, não importando sobre quais os caminhos se levem para isso, ou ainda no prisma das palavras de Ribeiro, que acredita que a posição do STJ serviria como forma de os tribunais passarem a enfrentar as matérias de maneira mais correta, com resultado a longo prazo de uma prestação jurisdicional mais célere, num caráter didático da súmula de forma a revolucionar os próprios tribunais a aceitarem a necessidade de enfrentamento total da matéria, o novo texto legal acertou.

Assim, diante de inúmeras inovações do novo Código de Processo Civil, a regulamentação do prequestionamento com a escolha da sua forma ficta, seguindo a inteligência da interpretação da Súmula 365 do STF, é um ponto positivo, inclusa esta medida dentro do conjunto de regulamentações realizadas para combater a jurisprudência defensiva e, de uma forma contundente, forçar os tribunais a entregarem ao jurisdicionado o que este merece, o julgamento de mérito do seu recurso, com o máximo aproveitamento processual, para se focar nas questões materiais.

Entre o tecnicismo processual apurado e a celeridade processual para o cidadão, o novo Código de Processo Civil preferiu esta segunda possibilidade no ponto sobre o prequestionamento.

Referências

ALVIM, Teresa Arruda. **Omissão judicial e embargos de declaração**. São Paulo: RT, 2005.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. **Embargos de declaração**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento - Reflexões sobre a Súmula 211 do STJ. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Prequestionamento%20%20S%C3%BAmula%20211.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 17. ed. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. II.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Prequestionamento e voto vencido. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 17, p. 39-48, 2004.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 11. ed. Salvador: Podivm, 2012.

_____. **Prequestionamento ficto em recurso extraordinário**. Entendimento instável do STF. 2013. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-171/>>. Acesso em: 18 out. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRAZIANO, Analucia. Quais as repercussões da divergência jurisprudencial quanto à classificação dos graus de prequestionamento – ficto, implícito ou explícito – nos embargos de declaração para fins de interposição de recursos excepcionais? **Revista de Processo: RePro**, v. 32, n. 154, p. 115-134, São Paulo, 2007.

GUIMARÃES, Luiz Carlos Forguiri. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**: a dificuldade do acesso à justiça nos tribunais brasileiros (STF/STJ). São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Revista ESMAPÉ**, Recife, n. 26, v. 12, p. 67-82, 2007.

LEÃO, Antônio Carlos Amaral. O prequestionamento para a admissibilidade do recurso especial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, vol. 650, p. 236-239, 1989.

MEDINA, José Miguel Garcia. Variações jurisprudenciais recentes sobre a dispensa do prequestionamento. In: NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM, Teresa. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: RT, p. 279-287, 2005.

_____. **Pquestionamento e repercussão geral e outras questões relativas aos recursos especial e extraordinário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Câmara deve rever 'prequestionamento ficto' no CPC**. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-04/processocamara-rever-prequestionamento-ficto-cpc>>. Acesso em: 18 out. 2018.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Eduardo. **Prequestionamento**. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98. São Paulo: RT, 1999.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 6. ed., 2009.

Proposta de compatibilização da Lei nº 13.429/17 com a CRF/1988 no âmbito da Administração Pública indireta

Ivan Kaminski do Nascimento

*Advogado no Distrito Federal
Mestre em Direito Constitucional e Especialista
em Direito e Processo do Trabalho*

Cinthia Moura Lanna

*Advogada no Distrito Federal
Especialista em Direito Empresarial e
em Direito Público*

RESUMO

O artigo está dividido em três partes. A primeira analisa as alterações promovidas pela Lei nº 13.429/17 e pela Lei nº 13.467/17 em face do texto constitucional, que determina a realização de concurso público para provimento de cargo e emprego na Administração Pública indireta. A segunda analisa os aspectos constitucionais das alterações promovidas. Por fim, analisam-se os aspectos infraconstitucionais concernentes, a fim de compatibilizar a nova legislação com a CRF/88.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública indireta. Concurso público.

ABSTRACT

The article is divided into three parts. The first part examines the changes promoted by Law No. 13.429/17 and by Law No. 13.467/17 in light of the constitution, which determines that employment in the indirect Public Administration must be made through public tender. The second part examines the constitutional aspects of the proposed changes. Finally, the infra-constitutional aspects are analyzed, in order to make the new legislation compatible with the Brazilian Constitution of 1988.

Keywords: Outsourcing. Indirect Public Administration. Public Tender.

Introdução

A Lei nº 6.019, de 03/01/1974, a qual “dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências”, sofreu alterações promovidas pela Lei nº 13.429, de 31/03/2017, conhecida como Lei da Terceirização, complementada pela Lei nº 13.467, de 13/07/2017, conhecida como Reforma Trabalhista ou Lei de Modernização Trabalhista.

Com as alterações promovidas pelas novas legislações, a Lei nº 6.019/74 passou a reger as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante.

Ressalta-se que a Lei nº 13.429/17 caracterizou o trabalho temporário como sendo aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços, bem como rompeu com paradigma jurisprudencial ao determinar expressamente que o contrato de trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços (§ 3º do artigo 9º da Lei nº 6.019/74), alterando critérios para terceirização permanente.

Essa Lei também inovou o ordenamento jurídico pátrio ao dispor que a Lei nº 6.019/74 passa a vigorar acrescida do artigo 4º-A, que criou a figura da empresa prestadora de serviços a terceiros, a qual deve ser pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos.

Ademais, a Lei nº 13.429/17 foi complementada pela Lei nº 13.467/17, a qual, por sua vez, também promoveu alterações na Lei nº 6.019/74, estabelecendo que a prestação de serviços a terceiros pode versar sobre a execução de quaisquer das atividades da empresa contratante, inclusive sua atividade principal, devendo a empresa contratada possuir capacidade econômica compatível com a sua execução.

Esclarece-se que, até a entrada em vigor das novas legislações, a terceirização de serviços não era prevista no ordenamento jurídico pátrio, sendo tratada apenas pela Súmula nº 331 do C. Tribunal Superior do Trabalho (TST), segundo a qual somente poderiam ser terceirizados os serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, restando vedada a terceirização dos serviços ligados à atividade-fim.

Dessa forma, a Lei nº 13.429/17 e a Lei nº 13.467/17 romperam com o paradigma até então existente ao permitir, em uma

primeira análise, a contratação temporária visando ao desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim da empresa tomadora de serviços, bem como ao permitir a terceirização mediante a contratação de empresa de prestação de serviços a terceiros, a qual poderá prestar serviços determinados e específicos relacionados a quaisquer das atividades da empresa contratante, inclusive sua atividade principal.

Ademais, referidas leis, em análise preliminar, não restringiram sua incidência à esfera privada, podendo ser aplicadas, portanto, à Administração Pública direta e indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), desde que sejam observadas as disposições específicas a respeito, como – por exemplo – a exigência de licitação na contratação de serviços, entre outras adiante analisadas especificamente.

No âmbito da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União (TCU) já havia decidido que a legislação outrora existente exclui a possibilidade de terceirização da própria atividade-fim do órgão da administração, não podendo os órgãos e entes públicos delegar a terceiros a execução integral de atividades que constituem sua finalidade, sob pena de burla à exigência constitucional do concurso público para o acesso ao cargo e à própria lei trabalhista (CAVALCANTE FILHO, 2015, p. 8).

Nesse sentido, em face da nova legislação, permanece a incompatibilidade da terceirização da atividade-fim na Administração Pública direta e indireta com a exigência constitucional de concurso público?

Ressalta-se que a Administração Pública indireta, composta por autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, é o conjunto de entidades destinadas à prestação de serviços públicos ou de interesse público (DI PIETRO, 2015, p. 83), razão pela qual deve primar sempre pela eficácia e eficiência de seus atos, até mesmo por imperativo constitucional (artigo 37, *caput*, da CRF/1988).

Diante da inovação legislativa, tem-se um conflito aparente entre a possibilidade de contratação temporária e de terceirização de quaisquer atividades da empresa tomadora/contratante, inclusive sua atividade principal, sem qualquer vedação para a Administração Pública, com a Constituição da República Federativa do Brasil (CRF/88), mormente em seu artigo 37, *caput*, o qual dispõe que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, complementado pelo inciso II, segundo o qual a investidura em cargo ou emprego público depende de aprova-

ção prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Pelo exposto, verifica-se a necessidade de compatibilizar ou adequar a nova legislação conforme a CRF/88 naquilo em que a lei infraconstitucional, *a priori*, possibilita a terceirização de quaisquer atividades da Administração Pública direta e indireta, porquanto o texto constitucional determina a realização de concurso público para provimento de cargo e emprego público.

Dessa forma, este artigo pretende formular hipóteses de compatibilização da Lei 6.019/74, após as alterações promovidas pela Lei nº 13.429/17 e pela Lei nº 13.467/17, com a CRF/1988 e, consequentemente, com o ordenamento jurídico pátrio, no âmbito, principalmente, da Administração Pública indireta, a fim de se buscar a validade dos atos administrativos, ante uma possível declaração de inconstitucionalidade, tese que, caso seja acatada pelo Poder Judiciário, culminará em declaração de nulidade absoluta de atos cometidos pela Administração Pública indireta, com a decorrente nulidade da contratação de mão de obra terceirizada para exercer a atividade principal da empresa contratante, situação que poderá ensejar insegurança jurídica.

1 A nova legislação e o concurso público

No tocante ao provimento de cargo na Administração Pública indireta, a CRF/88 assim dispõe, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. (Grifos nossos).

Pela leitura do texto constitucional, observa-se que a CRF/88 expressamente determina que a investidura nos cargos, empregos e funções públicas depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, porém permite a contratação por tempo determinado visando atender às necessidades extraordinárias da Administração Pública em que o interesse público exigir.

A esse respeito:

O princípio constitucional do concurso público (CF, art. 37, II) atua como forte limitação ao uso da terceirização no âmbito da Administração Pública.

De acordo com o citado dispositivo, o acesso a cargos, empregos e funções públicas deve ser precedido de concurso público de provas ou de provas e títulos. É preciso, contudo, traçar algumas notas sobre o alcance dessa norma, a fim de verificar em que medida a terceirização pode ser considerada como um desrespeito a esse princípio de estatutura constitucional.

Inicialmente, **registre-se que a obrigação de realizar concurso abrange tanto órgãos e entidades da administração direta, autárquica e fundacional, como também empresas públicas e sociedades de economia mista (mesmo que exploradoras de atividade econômica)**. Isso porque o texto normativo se refere a cargos, empregos e funções – logo, aplica-se não apenas aos casos de recrutamento de servidores (sem sentido estrito), mas também de empregados (celetistas). Em suma: a obrigação de realizar contratação de agentes mediante o instrumento do concurso público é aplicável, em qualquer nível federativo, a *a) administração direta; b) autarquias; c) fundações públicas de direito público; d) fundações públicas de direito privado; e) empresas públicas (exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público); e f) sociedades de economia mista (exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviço público)*.

Dessa forma, o inciso II do art. 37 do texto constitucional atua como limite expresso à regra do inciso II do § 1º do art. 173, que estabelece ser aplicável às estatais exploradoras de atividade econômica o mesmo regime das empresas pri-

vadas, em relação às obrigações trabalhistas. Como veremos no item 3, mesmo o regime dessas empresas sendo privado, sofre mitigações de regras do Direito Público – entre elas, justamente a obrigação de recrutar mediante concurso. (CAVALCANTE FILHO, 2015, p. 9, grifos nossos).

Da mesma forma que a CRF/88, que expressamente determina a realização de concurso público para provimento em cargo ou emprego público, a Lei nº 8.112, de 11/12/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabelece que o provimento dos cargos públicos será feito através de concurso público.

No mesmo sentido, a Súmula nº 363, do C. TST, assim estabelece:

Súmula nº 363 do TST
CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS. (Grifos no original).

Por outro lado, é permitida a terceirização de serviços, a qual deve ser realizada, no âmbito da Administração Pública, não por concurso público, mas por meio de licitação, com fulcro no inciso XXI, do artigo 37, da CRF/1988.

O embasamento para a admissão da utilização da terceirização no âmbito administrativo, em nível infraconstitucional, está no artigo 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200, de 25/02/1967, bem como em atos infralegais (CAVALCANTE FILHO, 2015, p. 7).

Outra exceção ao princípio do concurso é a Lei 6.019/74, aplicável às entidades da Administração Pública indireta, que permite a contratação de trabalho terceirizado no âmbito das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

A Súmula nº 331 do TST pressupõe que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal e acarreta a formação de vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviço, salvo exceções contidas na própria Súmula, que admite

a terceirização de trabalhos temporários, serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como das atividades relacionadas à atividade-meio da empresa tomadora da mão de obra terceirizada.

Por oportuno, transcreve-se, abaixo, a Súmula 331 do TST, destacando-se os itens atinentes à Administração Pública e o item que autoriza a terceirização das atividades tidas como “atividades-meio”:

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.

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

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 nº 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. (Grifos nossos).

Nesse tocante, é imperioso esclarecer que a Súmula nº 331 do TST não limita as atividades-meio, mas tão somente lista al-

guns exemplos de atividades passíveis de terceirização lícita, em rol não exaustivo, o que não exclui outras atividades do âmbito da terceirização.

A fim de melhor alcançar os parâmetros que culminaram com a declaração, pelo TST, de quais atividades são passíveis de ser consideradas como terceirização lícita, bem como a fim de conceituar os termos “atividade-fim” e “atividade-meio” trazidos pela Súmula nº 331 ao tratar do trabalho terceirizado, cabe a análise dos precedentes jurisprudenciais que a originaram, dentre os quais destacam-se aqueles atinentes à Administração Pública indireta, objeto do presente estudo.

No que atine aos precedentes que deram origem à Súmula 331 do TST, destaca-se que o quarto precedente (RR 41974-21 DJ 18.06.1993) de seu item II baseou-se no Decreto-Lei nº 200/67, ao concluir que as atividades tidas como de meio são aquelas que não envolvam planejamento, coordenação, fiscalização e controle, tendo conceituado tais como “atividades ou serviços de execução e indiretos”. Já o terceiro precedente (RR 43279-06.1992.5.04.5555) do item III autorizou a Administração Pública a contratar empresa interposta nas hipóteses especificadas na Lei 5.645/70 combinada com o Decreto-Lei 200/67, excluindo qualquer responsabilidade do tomador de serviço (Administração Pública), ainda que a contratação esteja relacionada com contrato permanente de prestação de serviço, sob o argumento de que há Lei que autoriza a contratação indireta de serviços. Por fim, da análise dos precedentes que deram origem ao item V da Súmula 331 do TST, pode-se concluir que a atividade-meio foi considerada como “serviço de apoio” exercido pelo prestador de serviço e que atividade-fim foi considerada aquela “inerente” ao tipo de trabalho dos empregados da empresa contratante (NASCIMENTO, 2017, p. 28-53).

Conforme demonstrado, havia grande dificuldade de conceituar o que seria “atividade-fim” e “atividade-meio” na análise dos casos concretos, havendo inclusive decisões conflitantes entre os precedentes que deram origem à Súmula 331 do TST, mormente em se considerando que algumas atividades permeiam a tênue linha limítrofe entre os conceitos de “atividade-fim” e “atividade-meio”, o que gerou insegurança jurídica.

Tal situação é especialmente mais gravosa à Administração Pública, adstrita aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, ao passo que a Súmula nº 331 do TST não estabelecia, com clareza, as hipóteses em que poderia contratar trabalhadores terceirizados sem a realização de concurso público.

Isso perdurou até o advento das Leis nº 13.429/17 e 13.467/17, as quais autorizam a terceirização de quaisquer atividades da Administração Pública, em uma primeira análise.

Nesse tocante, a novel legislação “tem sido invocada como o marco regulador da terceirização admissível” (OLIVEIRA, 2017, p. 1).

A Lei nº 13.429/17 acrescentou o art. 4º-A à Lei nº 6.019/74, o qual define como empresa prestadora de serviços a terceiros “a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”.

Já a Lei nº 13.467/17 estabelece que a empresa contratante pode transferir a terceiros a execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Assim, inicialmente, o advento das referidas legislações proporcionou uma mudança de paradigma, haja vista que, anteriormente à vigência delas, apenas as atividades-meio da Administração Pública indireta poderiam ser objeto de terceirização, enquanto as atividades-fim deveriam ser, obrigatoriamente, atribuídas a empregados públicos previamente aprovados em concurso público de provas ou de provas e títulos.

A partir de tal inovação legislativa, verifica-se que os conceitos de “atividade-meio” e “atividade-fim” foram praticamente abandonados, havendo apenas uma única menção a eles no artigo 1º da Lei nº 13.429/17, conforme será explicado adiante, tendo a nova legislação possibilitado à Administração Pública indireta a contratação de pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços a terceiros que seja destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos e que possua capacidade econômica compatível com a sua execução, podendo a contratante transferir a prestação de serviços a terceiros a execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal.

Diante do novo prisma legal, a possibilidade de terceirização no âmbito da Administração Pública, por si só, não configura burla à determinação constitucional de realização de concurso público (PEREIRA, 2015, p. 1).

Pode-se ter como conclusão parcial que o ordenamento jurídico pátrio permite que os entes que compõem a Administração Pública indireta realizem diretamente as tarefas entendidas como as de planejamento, coordenação, supervisão e controle e, de forma indireta, os demais serviços, através da terceirização de serviços determinados e específicos, desde que exista empre-

sa suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução, sempre atrelada ao interesse público e ao Princípio da Eficiência, e desde não haja subordinação hierárquica, habitualidade ou pessoalidade na prestação do serviço terceirizado.

A seguir, serão analisados os aspectos constitucionais e infraconstitucionais da alteração em comento, sob o âmbito da Administração Pública indireta, a fim de identificar as hipóteses de compatibilização da nova legislação, a qual possibilita a transferência das atividades principais de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista às empresas de prestação de serviços a terceiros, o que, em um primeiro momento, choca-se com o disposto na CRF/1988, posto que o texto constitucional determina a realização de concurso público para provimento de cargo e emprego público.

2 Aspectos constitucionais

Conforme demonstrado no item anterior, o texto constitucional expressamente determina que a Administração Pública indireta “obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (*caput* do artigo 37, da CRF/88); que “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (inciso II do artigo 37 da CRF/88).

Até o advento da Lei nº 13.429/2017 e da Lei nº 13.467/2017, não havia regramento jurídico pátrio acerca da terceirização, sendo a matéria disposta apenas na Súmula nº 331 do TST, editada em 1993.

Indo ao encontro da CRF/88, a Súmula nº 331 do TST, em seu item I, estabelece, como regra geral, que a contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário, regido pela Lei nº 6.019/74.

A referida Súmula prevê duas exceções à regra, quais sejam: 1) a contratação irregular de trabalhador terceirizado não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (item II); 2) a contratação de serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, não

forma vínculo de emprego com o tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta (item III).

Os itens IV, V e VI da aludida Súmula, por sua vez, estabelecem a responsabilidade pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas quando há contrato de prestação de serviços (terceirização).

Todavia, uma grande alteração no ordenamento jurídico pátrio foi promovida pelas Leis nº 13.429/17 e 13.467/17, as quais, em primeira análise, permitem que o contrato de trabalho temporário possa versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços, bem como que a empresa contratante pode transferir a prestação de serviços determinados e específicos a terceiros, podendo ser objeto do contrato a execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, devendo a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços possuir capacidade econômica compatível com a sua execução, situações estas que não eram previstas no ordenamento jurídico pátrio, tampouco na Súmula nº 331 do TST.

Pelo exposto, verifica-se a necessidade de compatibilizar a Lei nº 13.429/17 e a Lei nº 13.467/17 com a CRF/88 naquilo em que a novel legislação possibilita a contratação temporária e a terceirização de quaisquer atividades da Administração Pública, enquanto o texto constitucional determina a realização de concurso público para provimento em cargo ou emprego público, objetivando, assim, a segurança jurídica e o atendimento aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência a que os entes da administração estão submetidos.

Reitera-se que a nova legislação promoveu alterações em dispositivos da Lei nº 6.019/74, tendo disposto que estão submetidas ao novo diploma legal as relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante (artigo 1º da Lei nº 13.429/17).

Em sequência, a Lei nº 13.429/17 conceitua como trabalho temporário aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços.

Nesse tocante, cabe esclarecer que a Lei nº 13.429/17 considera complementar a demanda de serviços que seja oriunda de fatores imprevisíveis ou, quando decorrente de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal.

A referida norma determina, ainda, que é proibida a contratação de trabalho temporário para a substituição de trabalhadores em greve, salvo nos casos previstos em lei.

A Lei nº 13.429/17 estabelece, também, que a empresa de trabalho temporário deve ser, obrigatoriamente, uma pessoa jurídica, devidamente registrada no Ministério do Trabalho, responsável pela colocação de trabalhadores à disposição de outras empresas temporariamente.

O prazo do contrato de trabalho temporário pode ser de até 180 dias, consecutivos ou não, podendo ser prorrogado por mais 90 dias, consecutivos ou não, desde que comprovada a manutenção das condições que motivaram a contratação temporária. Ressalta-se, ainda, que o trabalhador temporário que tiver laborado 180 dias e prorrogado o contrato por mais 90 dias somente poderá ser colocado à disposição do mesmo tomador de serviços em novo contrato temporário após 90 dias do término do contrato anterior, sob pena de caracterização de vínculo empregatício diretamente com o tomador.

Quanto ao contrato celebrado pela empresa de trabalho temporário e a tomadora de serviços, a Lei nº 13.429/17 preceitua que será por escrito e ficará à disposição da autoridade fiscalizadora no estabelecimento da tomadora de serviços, podendo versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços.

Além disso, no caso de trabalho temporário, em face do caráter transitório, permite-se a terceirização de atividade-fim, sendo que a compatibilidade com a CRF/88 é inquestionável, considerando que tal contratação decorre de fatores imprevisíveis, periódicos ou sazonais que podem afetar inclusive e principalmente a atividade-fim envolvendo serviços públicos muitas vezes essenciais.

A celeuma maior se refere à contratação permanente, considerando que não haverá o caráter imprevisível, periódico ou sazonal do trabalho temporário.

A empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos. E a empresa contratada é quem contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços. Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante, sendo a empresa contratante subsidiariamente responsável pelas obriga-

ções trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços (artigo 2º da Lei nº 13.429/17).

Quanto ao tema:

A expressão “serviços determinados e específicos” revela que a terceirização só é admitida quanto a serviços delimitados previamente e especificados. Vale dizer, **a empresa prestadora de serviço não pode prestar serviços genéricos, não se admitindo a terceirização, pela empresa contratante (tomadora), de atividades sem especificação.**

[...]

Em outras palavras, com a Lei 13.429/2017, para certa corrente, permite-se concluir que a chamada atividade-fim da empresa tomadora pode ser terceirizada para uma empresa prestadora especializada, respeitando-se a exigência de que os serviços sejam determinados e específicos.

A questão, entretanto, certamente apresentará controvérsias, sabendo-se que a jurisprudência, em regra, admite a terceirização apenas de serviços de vigilância, de conservação, limpeza e de atividades-meio da empresa tomadora, sendo assim consideradas aquelas acessórias, de suporte ou periféricas à atividade principal.

[...]

É importante ainda o registro de que passa a ser expressamente permitida a chamada quarteirização, em que a empresa prestadora de serviços subcontrata outras empresas para a realização dos serviços contratados pela empresa tomadora (GARCIA, 2017, p. 2-4, grifos nossos).

Cabe ressaltar que a contratação administrativa de empresas especializadas na prestação de serviços lícitos já era permitida à Administração Pública tanto em âmbito constitucional – CRF/1988, artigo 37, incisos I e II –, quanto infraconstitucional – Lei nº 8.666/93, artigo 6º, e Código Civil, artigo 1216 (PEREIRA, 2015).

Ocorre que a Lei nº 13.429/17, esta complementada pela Lei nº 13.467/17, a qual, por sua vez, também promoveu alterações em dispositivos da Lei nº 6.019/74, estabeleceu que a prestação de serviços a terceiros é a transferência da execução de quaisquer das atividades da empresa contratante inclusive sua atividade principal, desde que a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

A Lei nº 13.467/17 determina, ainda, que quando e enquanto tais serviços forem executados nas dependências da tomadora, são asseguradas aos empregados da empresa prestadora de ser-

viços a terceiros as mesmas condições de alimentação, segurança, sanitárias, entre outras, nos seguintes termos:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

Ademais, a Lei nº 13.467/17 permite que a contratante e contratada estabeleçam, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não elencados especificamente neste artigo por não ser o foco principal, bem como que, nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.

Não tendo as novas legislações restringido sua incidência à esfera privada, podem ser aplicadas, portanto, aos entes que compõem a Administração Pública indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), desde que sejam observadas as disposições específicas a respeito, destacadas a seguir.

As empresas estatais exploradoras de atividade econômica, a Constituição da República determina que “a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (inciso II, do § 1º, do artigo 173, da CRF/88).

Nesse diapasão, cita-se:

Seria possível tentar ampliar a terceirização nas estatais *exploradoras de atividade econômica*, com fun-

damento no inciso II do § 1º do art. 173 da CF, segundo o qual a tais empresas se aplica ‘a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários’. Porém, o STF possui pacífica jurisprudência no sentido de que essa previsão deve ser mitigada pelo inciso II do art. 37, que exige o concurso público mesmo para o provimento de *empregos* públicos.

Nesse sentido, o já citado Acórdão nº 31, de 2010, do Plenário do TCU, consignou que:

Imediatamente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 algumas estatais suscitaram dúvidas acerca da aplicabilidade de tal dispositivo (art. 37, II) face o também previsto no art. 173. Essa questão foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal em 06.06.1990, oportunidade onde foi corroborada a exigência de prévia aprovação em certame público às admissões nos entes integrantes da Administração Indireta, data essa considerada por este Tribunal como sendo um marco às empresas públicas e sociedades de economia mista. Essa interpretação do Tribunal acabou por flexibilizar, portanto, as admissões em tais entidades apenas no período compreendido entre 05.10.88 a 05.06.90, e ainda assim desde que comprovada a contratação direta dos empregados, sem interveniência de terceiros.

[...]

À luz dessas observações, é possível sustentar que às estatais exploradoras de atividades econômicas aplica-se um regime jurídico trabalhista de pessoal, mas mitigado por algumas regras de Direito Público (entre elas, justamente, o concurso público).

Não se pode negar, entretanto, que a natureza empresarial dessas entidades e o objeto social de exploração de atividade econômica (em competição com agentes privados) dá suporte à defesa de que a aplicação da terceirização seja, aqui, mais justificada que na administração direta. É preciso, em outras palavras, compatibilizar o princípio do concurso com a livre iniciativa que é parcialmente aplicável a essas empresas. (CAVALCANTE FILHO, 2015, p. 15-16, grifos nossos).

Conforme exposto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência consideram que a contratação de terceirizados para atividade-fim implica burla à determinação constitucional de realização de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos no âmbito da Administração Pública em virtude do preceito constitucional.

Todavia, admite-se que o princípio do concurso seja mitigado, na prática, para permitir a contratação de empregados terceirizados, principalmente no âmbito da Administração Púb-

blica indireta, com destaque para as estatais exploradoras de atividades econômicas, mormente tendo em vista que atualmente há lei que autoriza essa contratação, desde que preenchidos todos os requisitos legais atinentes, adiante expostos.

3 Aspectos infraconstitucionais

Conforme já abordado anteriormente, até a entrada em vigor da Lei nº 13.429/17 e da Lei nº 13.467/17, a terceirização de serviços não era prevista no ordenamento jurídico pátrio, sendo regulamentada apenas pela Súmula nº 331 do TST.

Esclarece-se que a jurisprudência quanto ao tema evoluiu de forma significativa, sendo certo que, em um primeiro momento, a contratação de trabalhadores por empresa interposta era considerada ilegal, salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, conforme preceituava a Súmula 256 do TST, cuja redação original data de setembro de 1986.

Em dezembro de 1993, o TST alterou o entendimento até então esposado, através da edição da Súmula nº 331, segundo a qual somente poderiam ser terceirizados os serviços especializados ligados às atividades-meio do tomador, entendidas como as atividades que não estivessem relacionadas ao objetivo social da empresa (OLIVEIRA, 2017, p. 1).

Assim, a contratação de empregado terceirizado no âmbito da Administração Pública somente foi prevista a partir da edição da Súmula nº 331 do TST, restando limitada ao exercício da atividade-meio.

Todavia, a partir do advento da Lei nº 13.429/17, complementada pela Lei nº 13.467/17, o ordenamento jurídico pátrio inovou ao romper com o paradigma “atividades-meio” e “atividades-fim”, propondo nova nomenclatura às atividades passíveis de terceirização.

Nesse tocante, o artigo 2º da Lei nº 13.467/17 acrescentou o art. 4º-A à Lei nº 6.019, de 03/01/1974, a qual “dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências”, para determinar que: **“Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”** (grifos nossos).

Dessa forma, tem-se que a nova legislação substituiu a dualidade “atividades-meio” e “atividades-fim” por “serviços determinados e específicos”.

O novo conceito de atividades passíveis de terceirização trazido pela Lei nº 13.467/17, qual seja, “serviços determinados e

específicos”, não admite a terceirização, pela empresa contratante (tomadora), de atividades sem especificação e possibilita uma apreensão mais objetiva e delimitada do que pode ser objeto de contratação mediante terceirização em comparação com os conceitos anteriores (“atividades-meio” e “atividades-fim”), trazidos pela Súmula nº 331 do TST.

O Decreto-Lei nº 200, de 25/02/1967, que “dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências”. Preceitua, em seu artigo 10, que:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

§ 8º A aplicação desse critério está condicionada, em qualquer caso, aos ditames do interesse público e às conveniências da segurança nacional. (Grifos nossos).

Conforme demonstrado, houve uma evolução da nomenclatura utilizada na legislação infraconstitucional sobre o tema, inicialmente denominando-se “atividades executivas ou serviços indiretos” (Decreto-Lei nº 200/67), posteriormente “atividades-meio” (Súmula 331 do TST) e, finalmente, “serviços determinados e específicos” (Lei nº 13.467/17).

Assim, é possível estabelecer uma conexão entre o conceito de “serviços determinados e específicos”, trazido pela Lei nº 13.467/17, e a possibilidade legal de execução indireta das tarefas executivas da Administração Pública, mediante contrato de prestação de serviços, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

Tal alteração, provavelmente, irá solucionar a grande controvérsia que a aplicação dos antigos conceitos causavam na prática forense, possibilitando uma definição mais objetiva acerca das atividades passíveis de terceirização e trazendo maior segurança jurídica, atendidos o interesse público e o Princípio da Eficiência (CRF/88, artigo 37, *caput*).

Cabe ressaltar que a terceirização das atividades da Administração Pública indireta deve sempre primar pelo atendimento aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a que os entes da Administração estão submetidos.

Para cumprimento desses princípios, outro requisito para a caracterização da prestação de serviços específicos e determinados é que não haja subordinação hierárquica com a empresa contratante ou pessoalidade na prestação do serviço terceirizado, elementos caracterizadores da relação de emprego, conforme preceitua a CLT.

Pode-se concluir, portanto, que o ordenamento jurídico pátrio permite que os entes que compõem a Administração Pública indireta realizem tarefas entendidas como as tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, de forma direta, por concurso, podendo ocorrer a terceirização de serviços determinados e específicos, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução, sempre atrelada ao interesse público e ao Princípio da Eficiência, e desde que não haja subordinação hierárquica com a empresa contratante ou pessoalidade na prestação do serviço terceirizado.

Em consequência, tem-se que a Súmula nº 331 do C. TST restou inviabilizada, posto que ultrapassados os conceitos de “atividades-meio” e “atividades-fim” por “serviços determinados e específicos”, os quais permitem uma definição mais objetiva acerca das atividades passíveis de terceirização e, por consequência, garantem segurança jurídica, pressuposto de um Estado de Direito.

Todavia, ainda que a nova legislação em vigor permita a transferência da prestação de serviços a terceiros de quaisquer das atividades das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive sua atividade principal, cabe advertir que, uma vez realizado concurso público para o provimento de cargo e emprego público, a entidade está a ele adstrita, não podendo terceirizar funções objeto do certame durante o seu prazo de validade.¹

¹ No que concerne à terceirização de atividades durante a vigência do prazo de validade de concurso público para as mesmas funções, os tribunais superiores (STF, STJ e TST) possuem reiterada jurisprudência no sentido

4 Proposta de compatibilização

Como hipótese principal, sugere-se que a compatibilização da Lei nº 13.429/17 com a CRF/1988 seja realizada através dos critérios de resolução de antinomias jurídicas com vistas a compatibilizar a Lei nº 13.429/17 com a CRF/88 naquilo em que a legislação infraconstitucional possibilita a terceirização de quaisquer atividades da administração pública indireta, situação de relevante interesse às empresas públicas e de economia mista, posto que restou permitida a terceirização de quaisquer das atividades das autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive na sua atividade principal, sem que haja a respectiva realização de concurso público para provimento de cargo, desde que preenchidos os requisitos legais.

de que tal fato faz surgir, aos candidatos aprovados, direito subjetivo líquido e certo à nomeação, segundo a ordem de classificação:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO CARACTERIZADA. MERA EXPECTATIVA CONVOLADA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. 1. **A contratação precária para o exercício de atribuições de cargo efetivo durante o prazo de validade do concurso público respectivo traduz preterição dos candidatos aprovados e confere a esses últimos direito subjetivo à nomeação.**

Precedentes: ARE 692.368-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 4/10/2012, e AI 788.628-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 8/10/2012. 2. In casu, o acórdão extraordinariamente recorrido assentou: “Mandado de segurança. Concurso público. Contratação de empresa terceirizada. Preterição de candidato. Direito subjetivo à nomeação. Segurança concedida. A contratação emergencial de empresa terceirizada para realização do serviço a que se destinaria o candidato aprovado em concurso público confere a este o direito subjetivo líquido e certo à nomeação para o cargo que concorreu. 3. Agravo regimental DESPROVIDO. (STF - ARE: 806277 RO, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-162 DIVULG 21-08-2014 PUBLIC 22-08-2014). (Grifos nossos).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CONTRATAÇÃO PRECÁRIA. PRAZO DE VALIDADE. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO NO CERTAME. DIREITO À NOMEAÇÃO E POSSE. MATÉRIA DECIDIDA PELA CORTE. 1. **Conforme entendimento firmado por esta Corte, a mera expectativa de nomeação dos candidatos aprovados em concurso público (fora do número de vagas) convola-se em direito líquido e certo quando, dentro do prazo de validade do certame, há contratação de pessoal de forma precária para o preenchimento de vagas existentes, com preterição daqueles que, aprovados, estariam aptos a ocupar o mesmo cargo ou**

Destaca-se que a nova legislação substituiu a dualidade “atividades-meio” e “atividades-fim” por “serviços determinados e específicos”.

Por “serviços determinados e específicos”, conclui-se que podem ser terceirizadas as tarefas de mera execução, diferentes das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e, de forma indireta (terceirização), podem ser realizados serviços determinados e específicos, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e mais capacitada a desempenhar os encargos de execução², sempre atrelada ao interesse público e ao Princípio da Eficiência.

função. 2. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no AgRg no RMS: 29145 RS 2009/0053509-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 16/06/2015, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/06/2015). (Grifos nossos).

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO PARA CADASTRO DE RESERVA. TERCEIRIZAÇÃO DOS SERVIÇOS NO DECORRER DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRETERIÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. 1. (...) **Tem-se, contudo, que a moderna jurisprudência da Excelsa Corte, bem como do Superior Tribunal de Justiça, tem firmado seu posicionamento no sentido de que a contratação precária de pessoal, dentro do prazo de validade do concurso público, seja por comissão, terceirização ou contratação temporária, para o exercício das mesmas atribuições do cargo para o qual fora realizado o certame, configura preterição dos candidatos aprovados, ainda que fora das vagas previstas no edital ou para preenchimento de cadastro de reserva, evidenciando desvio de finalidade, em inequívoca transgressão à exigência do artigo 37, II, da Lei Magna.** [...] 3. Na presente hipótese, resultou comprovado que a Companhia de Eletricidade do Acre - ELETROACRE, ente integrante da Administração Pública indireta do Estado do Acre, após a realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva para o cargo de Eletricista e dentro do prazo de validade do certame, manteve a contratação de empresa prestadora de serviços em eletricidade, configurando inequívoca preterição dos candidatos aprovados no referido concurso. **Constatando-se que o ente público manteve a terceirização dos serviços para os quais houve realização de concurso público para preenchimento de cadastro de reserva, dentro do prazo de validade do certame, resulta configurado o desvio de finalidade do ato administrativo e a expectativa de direito convola-se em direito subjetivo à nomeação, visto que demonstrada a necessidade premente de provimento do cargo descrito no edital.** 4. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça. 5. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 11975020115140402, Data de Julgamento: 16/03/2016, Data de Publicação: DEJT 22/03/2016). (Grifos nossos).

- ² Outro requisito trazido pela legislação é que a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços possua capacidade econômica compatível com a execução do serviço terceirizado.

Ademais, não pode haver subordinação hierárquica com a empresa contratante ou pessoalidade na prestação do serviço terceirizado, elementos caracterizadores da relação de emprego, conforme preceitua a CLT.

Em consequência, tem-se que a Súmula nº 331 do C. TST restou inviabilizada, considerando os novos parâmetros estabelecidos em lei.

Deve-se pontuar que a terceirização de serviços deve ser realizada, no âmbito da Administração Pública, por meio de licitação, com fulcro no inciso XXI, do artigo 37, da CRF/1988 e no artigo 10, § 7º, do Decreto-lei nº 200/67.

Cabe ainda advertir que, uma vez realizado concurso público para o provimento de cargo e emprego público, a entidade está a ele adstrita, não podendo terceirizar funções objeto do certame durante o seu prazo de validade, consoante sólido entendimento jurisprudencial.

Assim, a compatibilização da Lei nº 13.429/17 com a CRF/1988 e com o ordenamento jurídico pátrio, no âmbito da Administração Pública indireta, deve ser realizada através da permissão da terceirização das tarefas de mera execução da Administração Pública indireta, sempre atrelada ao interesse público e ao Princípio da Eficiência, desde que preenchidos os demais requisitos legais, quais sejam: não haja subordinação hierárquica com a empresa contratante e pessoalidade na prestação do serviço terceirizado; a contratação seja realizada por meio de licitação; o objeto da contratação sejam serviços determinados e específicos; e que a prestadora de serviços possua capacidade econômica e técnica compatível com a excelência da sua execução, realizando os serviços de forma mais qualificada e econômica, ou seja, de forma mais eficiente. Cabe frisar que as tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle devem ser realizadas, pela Administração Pública indireta, de forma direta, por concurso público.

Ressalta-se que as hipóteses de compatibilização propostas no presente artigo, após a realização de pesquisa qualitativa, não pretendem ser exaustivas, mas enumerativas de possibilidades em que as terceirizações de atividades da Administração Pública indireta poderão ser consideradas válidas pelo Poder Judiciário, buscando assim a mitigação de insegurança jurídica e de riscos legais e de imagem para a empresa, almejando sempre o atendimento aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a que os entes da Administração estão submetidos.

Referências

BRASIL. **Consolidação das leis do trabalho. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a consolidação das leis do trabalho. 104. ed. São Paulo: Atlas, 2000. Coletânea de Legislação.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974.** Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o

art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.** Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 256. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE** (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331>. Acesso em: 3 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 363. CONTRATO NULO. EFEITOS** (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-363>. Acesso em: 3 out. 2018.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Terceirização na Administração Pública e Princípio Constitucional do Concurso Público**: considerações sobre o PL nº 4.330, de 2004. Brasília. Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Abril/2015. (Texto para Discussão nº 173). Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/>

tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td173>. Acesso em: 3 out. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Lei da terceirização não é clara quanto à permissão para atividade-fim. **Revista Consultor Jurídico**, 2 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-02/gustavo-garcia-lei-nao-clara-quanto-permissao-atividade-fim>>. Acesso em: 3 out. 2018.

NASCIMENTO, Ivan Kaminski do. **Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (terceirização de mão de obra)**: lógica argumentativa com base em Stephen E. Toulmin. Brasília: IDP/EDB, 2017. 145f. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasileiro de Direito Público. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2313/Dissertacao_Ivan%20Kaminski%20do%20Nascimento.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3 out. 2018.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. Terceirização segundo a Lei nº 6.019/1974 com a redação da Lei nº 13.429/2017. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5054, 3 maio 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57460>>. Acesso em: 3 out. 2018.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Terceirização na Administração Pública e o critério da atividade

fim e atividade meio (Breves provocações). **Revista JOTA**, São Paulo, 30 junho 2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/terceirizacao-na-administracao-publica-e-o-criterio-da-atividade-fim-e-atividade-meio-30062015>>. Acesso em: 3 out. 2018.

Considerações sobre lei autorizativa e aspectos societários na Lei nº 13.303/16 à luz da doutrina de Eros Roberto Grau

Gustavo Madureira Fonseca

*Advogado da Agência de Fomento no Rio de Janeiro
Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento
pela Universidade Cândido Mendes*

Juliana Fabião Barbeito de Vasconcellos

*Advogada da Agência de Fomento
no Rio de Janeiro*

RESUMO

O presente trabalho pretende desenvolver um estudo essencialmente teórico, mas com forte carga de aplicabilidade, sobre os aspectos gerais da Lei 13.303/16, utilizando como referencial teórico a doutrina de Eros Roberto Grau. Inicialmente, abordaram-se noções preliminares sobre ordem econômica e seus aspectos conformadores, de modo a fornecer substrato mínimo para a compreensão dos temas relacionados à lei autorizativa e aos aspectos societários.

Palavras-chave: Lei 13.303/16. Lei de Responsabilidade das Estatais. Eros Grau. Intervenção do Estado na Economia.

SUMMARY

This study aims to develop an essentially theoretical study, but with strong burden of applicability about the general aspects of Law 13.303/16, using as a theoretical reference of Eros Roberto Grau's doctrine. Initially, it approaches preliminary notions about economic order and your conformers aspects, to provide minimal substrate to understanding of the authorizing law and corporate aspects.

Keywords: Law 13.303/16. The state-owned company's law. Eros Grau. State intervention in the economy.

Introdução

Passados quase vinte anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o art. 173, §1º da vigente Constituição e determinou a edição de lei que estabelecesse o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, foi publicada, em 1º de julho de 2016, a Lei nº 13.303/16.

A importância das estatais brasileiras pode ser evidenciada em números. De acordo com o Boletim das Empresas Estatais Federais, publicado em setembro de 2017, pela Secretaria de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (SEST) do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, apenas no plano federal, existem atualmente 150 empresas estatais inseridas nos mais diversos setores que são responsáveis pela geração de 516.357 empregos diretos e que possuem, conjuntamente, Programas de Dispêndios Globais (PDG) aprovados na ordem de R\$ 1,27 bilhão.

Considerando o contexto descrito, constata-se que a pesquisa destinada à melhor compreensão do arcabouço jurídico próprio das empresas estatais é relevante, sobretudo quando se considera todo o conjunto de discussões sociais, econômicas e jurídicas que, atualmente, circundam e permeiam o tema. De modo específico, o estudo contribui ao realizar a leitura crítica do novo diploma legislativo, com os olhos de obras clássicas, de modo a auxiliar o intérprete na aplicação do Direito, até que se forme e amadureça a doutrina específica sobre a Lei nº 13.303/16.

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

Entretanto, apesar de trazer em seu bojo explicitações de conceitos, a Lei nº 13.303/16 foi aquém do necessário, deixando de abordar definições fundamentais à aplicação do Direito às sociedades de economia mista e empresas públicas. À guisa de exemplo, destaca-se que não se definiu “relevante interesse coletivo” e imperativo de segurança nacional”, adiando-se, mais uma vez, o cumprimento do comando inserto no art. 170 do tex-

to Constitucional. Passou-se ao largo, ainda, da conceituação de “atividade econômica” e “serviço público”, o que, há décadas, é reclamado pela doutrina.¹

Em face da manutenção do cenário de ausência de conceitos legais, permanecerá com os estudiosos do tema a missão de orientar o intérprete na aplicação do Direito. Neste ensejo, busca-se na doutrina de Eros Graus os fundamentos para aplicação do Direito às estatais, principalmente no que toca à lei autorizativa e aos aspectos societários. A escolha do autor justifica-se por seu relevo nos estudos relacionados à ordem econômica na doutrina pátria e por sua atuação profissional e acadêmica.²

A pesquisa será realizada de forma teórica e hipotético-dedutiva, utilizando dados coletados de fontes exclusivamente bibliográficas, compostas de livros de autoria de Eros Roberto Grau.

Utilizar-se-á como fonte bibliográfica principal o livro *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, uma vez que, ao longo desta, o autor compendia entendimentos dispostos em obras anteriores, inclusive aquelas escritas em perío-

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

² É Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, tendo exercido a Livre-Docência e magistério como Professor Titular na mesma instituição. Lecionou na graduação e pós-graduação em diversas instituições no Brasil e no exterior. Exerceu advocacia até ser nomeado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Desempenhou a função de árbitro junto à CCI – Cour Internationale d’Arbitrage e em tribunais *ad hoc*, nacionais e internacionais. É autor de inúmeros artigos e pareceres publicados em revistas, expositor em diversos congressos e conferências. Escreveu mais de 12 livros jurídicos publicados no Brasil e mais de cinco no exterior. Exerceu cargos de relevância em renomadas instituições de ensino, com destaque para Universidade de São Paulo, Comitê de Direito e Conselho Técnico-Científico da CAPES e CNPq na área de Direito. Recebeu os títulos de Docteur Honoris Causa por três universidades no exterior e por duas no Brasil.

dos precedentes à atual Constituição. É o que ocorre, em muitos casos, com as obras *Planejamento econômico e regra jurídica* e *Elementos de Direito Econômico*, que, apesar de estarem inseridas nas referências bibliográficas, não serão literalmente citadas. Também se farão menções recorrentes à obra *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, na qual o autor, após sua vivência de seis anos como ministro do Supremo Tribunal Federal, revê diversas posições manifestadas no clássico *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. Excluiu-se do âmbito de incidência da pesquisa, por falta de aderência, as obras *Licitação e contrato administrativo* e *Sobre a prestação jurisdicional – Direito Penal*, ambas editadas pela Malheiros Editores, São Paulo, em 1995 e 2010, respectivamente.

Inicialmente, o trabalho abordará noções preliminares sobre ordem econômica e seus aspectos conformadores, sobretudo os relacionados ao dirigismo constitucional e inconstitucionalidade institucional, de modo a fornecer substrato mínimo para a compreensão dos temas relacionados à lei autorizativa e aos aspectos societários.

Após o necessário estudo de base, será testada a hipótese da existência de oposição constitucional à proliferação de empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito. Em seguida, serão abordadas as especificidades da lei de criação que fazem com que esta seja classificada como lei-medida e as consequências daí advindas, as balizas relacionadas à participação no capital de sociedades privadas, a possibilidade de sociedade de economia mista de segundo grau, a competência legislativa para definição de “relevante interesse coletivo” e “imperativo de segurança nacional”, bem como os fatores essenciais à caracterização de uma sociedade de economia mista, com enfoque na assimetria das relações sociais.

1 Atuação estatal na ordem econômica: noções preliminares

De acordo com Eros Grau, o estudo da ordem econômica pelo jurista deve ser empreendido por perspectiva não exclusivamente dogmática, mas também funcional e crítica (GRAU, 2012, p. 1). Deve-se ter em mente, ainda, que os conceitos jurídicos não se prestam a definir essências, mas para viabilizar a aplicação de normas jurídicas. A finalidade dos conceitos jurídicos não é o conhecimento ou descrição de coisas, estados e situações, mas a viabilização da aplicação de determinada norma jurídica ou de determinado conjunto de normas jurídicas a uma coisa, estado ou situação (GRAU, 2016, p. 155-156).

Partindo-se dessas premissas, o autor, na introdução de sua mais recente obra – *Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)* –, resume os principais contornos que o Estado moderno assume em sua atuação no campo econômico (GRAU, 2016, p. 15-18, grifos do autor):

O Estado moderno surgindo com a vocação de atuar no campo econômico, o passar do tempo enseja alterações apenas no seu modo de atuar. Nas palavras de Habermas [1973:77-79], ele *constitui e preserva, complementa, substitui e compensa* o modo de produção capitalista. Desde a garantia das instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar até a *compensação* das disfunções do processo de acumulação (direito ambiental e direito do consumidor, legitimação, por exemplo).

Pois o Estado lança mão do direito moderno para *preservar* os mercados. Daí que o direito moderno é o instrumento de que se vale o Estado para defender o capitalismo dos capitalistas... Calculabilidade e previsibilidade são por ele instaladas porque sem elas o mercado não poderia existir.

[...]

A intervenção do Estado na vida econômica é um *reductor de riscos* tanto para os indivíduos quanto para as empresas, identificando-se, em termos econômicos - como observa Avelãs Nunes [1972:125] -, com um *princípio de segurança*. Não poderá ser entendida como *limitação* ou *desvio* imposto aos objetivos das empresas (particularmente das grandes empresas), mas como redução de riscos e garantia de maior segurança na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista.

[...]

Esse direito, posto pelo Estado moderno, existe fundamentalmente para *permitir afluência da circulação mercantil*, para tentar “*domesticar*” os *determinismos econômicos*. E essa pretensão - de dominar a realidade - expõe marcante contradição, que pode ser enunciada nos seguintes termos: o capitalismo (leia-se: o Terceiro Estado, a burguesia) *necessita da ordem, mas a detesta, procurando a qualquer custo exorcizá-la!*

O direito moderno é racional porque permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade e calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos, sobretudo aqueles que se dão nos mercados. Cotidianamente trocamos nossa *insegurança* por submissão ao *poder*. Em última instância, no entanto, a segurança e a certeza jurídicas com que o Estado moderno nos acode consistem na *segurança do/no mercado*.

Em complemento ao trecho transcrito, convém acrescentar a síntese por nós elaborada em trabalho anterior (FONSECA; VASCONCELLOS, 2016, p. 39), que aborda a evolução e outros papéis protagonizados pelo Estado moderno na ordem econômica vigente:

A presença de normas reguladoras da ordem econômica em nossas Constituições reflete superação do papel do Direito exclusivamente como instrumento de harmonização de conflitos e de legitimação do poder, passando este a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (GRAU, 2012, p. 15). Durante a vigência do paradigma anterior, não era bem vinda a interferência do Estado na “ordem natural” da economia, embora lhe coubesse a defesa da propriedade. No entanto, essa concepção carrega consigo a pressuposição de que Estado e sociedade existem separadamente, o que não é correto (GRAU, 2012, p. 18).

Evidenciadas as imperfeições do liberalismo na passagem do século XIX para o século XX pelo surgimento dos monopólios privados, do advento de crises econômicas cíclicas e do exacerbamento das disputas entre trabalhadores e detentores dos meios de produção, aliado ao fracasso do ideário de liberdade, igualdade e fraternidade, em face da realidade do poderio econômico (GRAU, 2012, p. 21), o Estado passou a assumir papel ativo na economia (GRAU, 2012, p. 25). Argumenta-se que ao deixar-se a economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. E, por mais paradoxal que pareça – dizia Karl Polany – não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado autorregulável, mas também a própria organização da produção capitalista (GRAU, 2012, p. 29).

No contexto narrado, em que o Direito deixa de possuir única e exclusivamente a finalidade de produção de ordem e segurança e passa a ser dinamizado como instrumento de governo, as normas-objetivos assumem relevância crescente. Enquanto instrumento de governo, então, o direito é operacionalizado em vista da implementação de políticas públicas referidas a fins múltiplos e específicos, pois a definição dos fins dessas políticas é enunciada em textos normativos que consubstanciam normas-objetivos e passam a determinar os processos de interpretação do direito (GRAU, 2016, p. 87).

São justamente essas normas-objetivos relacionadas à ordem econômica que evidenciam o dirigismo constitucional brasileiro,

como se observa, exemplificativamente, nos artigos 1º, 3º, 7º a 9º, 201, 202, 218 e 219. Como se nota, as normas-objetivos não se não se amoldam aos casulos conceituais das normas de conduta e das normas de organização; sua função é fornecer um critério indicativo dos fins a que se voltam as normas de conduta e de organização – o que viabiliza a fluente perquirição de sua eficácia (GRAU, 2016, p. 87):

Decorre, portanto, que qualquer iniciativa, para ter legitimidade do ponto de vista constitucional, deve estar alinhada a esses objetivos, de modo a concretizá-los. Destarte, vigora entre nós um sistema no qual há um programa de Estado que vincula todo programa de governo e todo governante, restringindo a atuação estatal, executiva ou legislativa, às orientações previamente determinadas pela Carta Magna em cada momento histórico. É o que se conclui do seguinte trecho (GRAU, 2016, p. 91):

Dizendo-o de outro modo: o texto constitucional regula uma ordem histórica concreta, e a definição da Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção na realidade histórica [Bercovici 1999:35]. A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma sociedade em determinado momento histórico; e - repito sem cessar -, como ela é um dinamismo, e contemporânea à realidade. Assim, porque quem escreveu o texto da Constituição não é o mesmo que o interpreta/aplica, que o concretiza, em verdade não existe a Constituição, do Brasil, de 1988. O que realmente hoje existe, aqui e agora, é a Constituição do Brasil, tal como hoje, aqui e agora, está sendo interpretada/aplicada.

Portanto, a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, imperativamente, deve estar voltada à concretização dos preceitos da ordem constitucional econômica.

A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser ignorado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa.

Sob nenhum pretexto, enquanto não alteradas aquelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo poderão vir a ser elas afrontadas por qualquer programa de governo. E assim há de ser, ainda que o discurso que agrada à unanimidade nacional seja dedicado à crítica da Constituição (GRAU, 2012, p. 46).

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

2 Considerações sobre a lei autorizativa

Uma vez realizado este indispensável estudo de base, faz-se possível aprofundar-se no cerne do estudo, já iniciando pelos caracteres que a lei autorizativa da criação de empresas públicas e sociedades de economia mista deve assim possuir. Sobre o tema, determinam os preceitos contidos nos incisos XIX e XX do art. 37 da Constituição, reproduzidos na Lei 13.303/16 (arts. 3º e 4), que a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista está condicionada à edição de lei autorizativa:

Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.

[...]

Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertencam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

À primeira vista, tais disposições aparentam estar alinhadas com o movimento de desregulamentação da economia, visto que, ao se subordinar a atuação direta do Estado no domínio econômico à autorização legislativa, estar-se-ia desestimulando intervenções dessa natureza na seara econômica (GRAU, 2012, p. 277). Essa vertente de argumentação seria reforçada pelo fato de a Constituição sujeitar a criação de sociedades estatais prestadoras de serviços públicos apenas à autorização legislativa (art. 37, XIX), ao passo que a exploração de atividade econômica em sentido estrito sujeitar-se-ia não apenas a esta, mas também à configuração de uma das hipóteses enunciadas pelo art. 173 (relevante interesse coletivo ou imperativos de segurança nacional), denotando-se certa oposição constitucional à proliferação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito³ (GRAU, 2012, p. 281).

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

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

Note-se que, uma vez que se refute a tese de que a Constituição seria restritiva em relação à atuação estatal direta na exploração de atividade econômica em sentido estrito, com mais razão deve-se afastar essa ideia no que toca à prestação de serviços públicos. Isso porque, quando o Estado os presta direta-

³ Fala-se em atividade econômica em sentido estrito, uma vez que Eros Roberto Grau sustenta que a atividade econômica em sentido amplo engloba a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Essas noções serão mais bem explicitadas ao longo do texto. A classificação de serviço público como atividade econômica justifica-se, pois o serviço público, uma vez que voltado à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos como se verá, é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público (GRAU, 2012, p. 109).

mente ou quando regula sua prestação, atua em área de sua própria titularidade e não na esfera do setor privado.

Uma vez demonstrada que a Constituição não é avessa à intervenção estatal no domínio econômico, pondera-se sobre os atributos da lei autorizativa de constituição de estatais. De acordo com o autor, trata-se de lei-medida.⁴ A necessidade de autorização legislativa, apesar de constituir um instrumento de controle da expansão do Executivo, não importa, por si, retenção dessa expansão; mas apenas impõe a participação do Legislativo no processo de decisão.

Tal controle, como afirmado, aplica-se indistintamente, não distinguindo empresas estatais que explorem atividade econômica em sentido estrito – objeto específico de ordenação pelo art. 173 – daquelas que prestam serviço público (GRAU, 2012, p. 278). A Lei nº 13.303/16, ao instituir que a lei de criação de empresa pública e de sociedade de economia mista detalhe diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia (art. 13), reforça a interferência do Poder Legislativo na conformação do Executivo.

Delimitados os imperativos da criação de empresas estatais, é preciso enfrentar, ainda, as balizas que essa autorização legislativa assume quando se refere à criação de subsidiárias e à participação em capital de empresas privadas. Aqui, também não há dúvida de que se trata de lei-medida.

Ao dispor sobre a criação de subsidiárias e da participação em capital de empresas privadas, a regra contida no art. 37, XX, da Constituição estabeleceu a necessidade de lei autorizativa “em cada caso”. Assim, ao referir “cada caso” – “em cada caso” –, não estará a aludir a *caso de cada empresa estatal*, porém a *cada caso de participação em empresa privada* (GRAU, 2012, p. 278 et seq.).

⁴ Sobre o conceito de lei-medida, vale transcrever trecho do voto proferido na ADPF 153/DF por Eros Grau: “as leis-medida (Massnahmegesetze) disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas. Consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. Detive-me sobre o tema em texto acadêmico, inúmeras vezes tendo a elas feito alusão em votos que proferi nesta Corte. O Poder Legislativo não veicula comandos abstratos e gerais quando as edita, fazendo-o na pura execução de certas medidas. Um comando concreto é então emitido, revestindo a forma de norma geral. As leis-medida configuram ato administrativo completável por agente da Administração, mas trazendo em si mesmas o resultado específico pretendido, ao qual se dirigem. Daí por que são leis apenas em sentido formal, não o sendo, contudo, em sentido material. Cuida-se, então, de lei não-norma. É precisamente a edição delas que a Constituição de 1988 prevê no seu art. 37, XIX e XX”.

Neste sentido, na esteira das lições que norteiam o presente estudo, o art. 2º, § 3º da Lei 13.303/16, ao permitir que o Conselho de Administração (e não a lei) autorize a participação acionária no capital de empresa privada, quando previsto no plano de negócios, padeceria de inconstitucionalidade.⁵

Inobstante, é preciso ponderar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, intérprete natural da Constituição, divergindo de Eros Grau, consagra que a lei autorizativa da estatal pode permitir genericamente a criação de subsidiárias e a participação em capital de sociedade privada.⁶ De modo a compatibilizar esses entendimentos, e valendo-se da interpretação conforme do art. 2º, § 3º da Lei 13.303/16, defende-se que é viável, uma interpretação restritiva do texto constitucional, admitir-se que seja dispensada a autorização legislativa, substituindo-a pela vontade do Conselho de Administração, desde que expressamente previsto genericamente na lei autorizativa e no plano de negócios da estatal.

Por último, antes de abordar os aspectos societários das empresas públicas e das sociedades de economia mista, reputa-se conveniente tratar da competência legislativa. Há determinação constitucional para a edição de lei que defina relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional (art. 170, § 1º). No caso de relevante interesse coletivo, está-se diante de matéria de Direito Econômico, cuja competência para legislar é

⁵ Em parecer elaborado em resposta à Consulta do Departamento Hidroviário da Secretaria dos Transportes do Estado de São Paulo (veiculado na Revista dos Tribunais, ano 68, novembro de 1979, volume 529, p. 39 e 40), Eros Grau firmou o entendimento de que até mesmo as medidas provisórias são inaptas a autorizar a criação de estatais, reforçando a primazia de reserva legal na matéria.

⁶ A título exemplificativo, confira-se a ADI 1649 DF: "1. Dispensa-se de autorização legislativa a criação de empresas públicas subsidiárias, desde que haja previsão para esse fim na própria lei que instituiu a empresa de economia mista matriz. A lei criadora é a própria medida autorizadora. 2. Os artigos 64 e 65 da Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1977, não são inconstitucionais. Instituída a sociedade de economia mista (CF, art. 37, XIX) e delegada à lei que a criou permissão para a constituição de subsidiárias, as quais poderão majoritariamente ou minoritariamente associar-se a outras empresas, o requisito da autorização legislativa (CF, art. 37, XX) acha-se cumprido, não sendo necessária a edição de lei especial para cada caso. 3. A Constituição Federal ao referir-se à expressão autorização legislativa, em cada caso, o faz relativamente a um conjunto de temas, dentro de um mesmo setor. A autorização legislativa, na espécie, abrange o setor energético resultante da política nacional do petróleo definida pela Lei nº 9.478/97. 4. Inexistência de violação aos incisos XIX e XX do art. 37 e ao art. 2 da Carta Federal. Pedido cautelar indeferido".

concorrente entre a União e os Estados-membros (art. 24, I, CRFB). Daí a conclusão de que essa lei que definir relevante interesse coletivo tanto poderá ser lei federal quanto lei estadual. A esta cumprirá defini-lo desde a perspectiva do interesse (coletivo) predominantemente estadual (GRAU, 2012, p. 281). Por outro lado, a lei referida pelo art. 173, *in fine*, que defina segurança nacional, há de ser, sem nenhuma dúvida, lei federal (GRAU, 2012, p. 280).⁷

Importa destacar que a Lei 13.303/16, na condição de lei federal, poderia ter disposto sobre ambos os conceitos. Entretanto, deixou de fazê-lo, mantendo-se a omissão legislativa sobre a matéria. No entanto, a Lei 13.303/16 passou a exigir que a lei autorizativa da constituição de empresa pública ou sociedade de economia mista indique de forma clara o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, nos termos do *caput* do art. 173 da Constituição Federal (art. 2, §1º e art. 27). Neste diapasão, ainda que não os tenha conceituado, a Lei 13.303/16 contribui para o amadurecimento desses conceitos, na medida em que, ao se exigir que as leis autorizativas prevejam de forma clara e expressa o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional que justifica a criação da sociedade, estes inevitavelmente surgirão nas futuras leis autorizativas.

3 Aspectos societários

Os artigos 3º e 4º da Lei 13.303/16 expressamente traçaram os conceitos de empresa pública e sociedade de economia mista. Ocorre que, em nosso Direito positivo, empresa pública e sociedade de economia mista, em especial esta última, não são retratadas de forma uniforme na legislação. Há únicos termos – em

⁷ Lembre-se que a Emenda Constitucional n. 1/69, no seu art. 163, fazia alusão a “monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais. E o §1º do seu art. 170 dispunha: “Apenas em caráter suplementar da iniciativa privada o Estado organizará e explorará diretamente a atividade econômica”. Aí, pois, nitidamente posta a distinção. A Constituição de 1988 não a opera. Sujeita toda exploração direta da atividade econômica, em sentido estrito, às necessidades dos imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Não introduz, por outro lado, como requisito dessa exploração, lei federal.” (GRAU, 2012, p. 282)

presa pública e sociedade de economia mista – significando diversos conceitos.⁸

O estabelecimento do regime jurídico societário das empresas públicas não oferece dificuldades. Considerando-se que o Estado é o único acionista, basta que siga os preceitos genéricos elencados pela legislação societária aplicável e pela Lei 13.303/16.

Em relação às sociedades de economia mista, o que se aprende dos ensinamentos de Eros Grau é que o alicerce fundamental da caracterização reside na situação especial que o Estado se assegura, através de lei criadora. O critério jurídico adequado à caracterização de sociedade como estatal encontra-se na outorga de direitos especiais ao Estado (ou a entidade estatal) na condição de sócio. É nessa outorga, expressamente prevista em lei, e que derroga a legislação comum, que reside o cerne das estatais.

A lei autorizativa não cuida apenas da criação da sociedade como pessoa jurídica, mas da criação de um modelo jurídico especial, excepcional em relação ao modelo societário ordinário

⁸ Para aprofundamento sobre os conceitos que os termos podem assumir, conferir Grau (1988, p. 61 et seq.) e Grau (2002, p. 213 et seq.). Sobre a distinção entre conceitos e termos: “O conceito - essencialista ou não - é produto da reflexão, expressando uma suma de ideias. Quando expressado, através do termo, o conceito envolve um ato de expressão. O termo, pois, é a expressão do conceito. Esta expressão é um signo. O signo é uma coisa que representa outra coisa, isto é, o seu objeto. O signo não é o objeto, apenas está no lugar do objeto. Se representa o objeto, produz na mente do intérprete alguma coisa (um signo ou quase-signo) que também está relacionada ao objeto não diretamente, porém pela mediação do signo. Os conceitos jurídicos, como afirmei, são referidos a significações, e não a objetos (coisas). Isto é: seus termos (expressões desses conceitos) são – enquanto signos dos conceitos – signos de significações de coisas (coisas, estados ou situações). Posso, então, dizer que os conceitos jurídicos expressados (através de seus termos) têm como objeto significações atribuíveis a coisas (coisas, estados ou situações). Nisto é que os conceitos jurídicos se distinguem dos conceitos essencialistas: O conceito essencialista, expressado, é o signo de uma coisa; seu objeto é a coisa; está no lugar da coisa; é o primeiro signo do “objeto”. O conceito jurídico, expressado, é o segundo signo de um primeiro signo: a significação da coisa (coisa, estado ou situação); está no lugar não da coisa (coisa, estado ou situação), mas da significação atribuível - ou não atribuível - à coisa (coisa, estado ou situação) [...] Os conceitos jurídicos, portanto, nos seus atos de expressão – isto é, nos seus termos (note-se que o conceito jurídico, em si mesmo, não é ato de expressão; o que tem significação é o seu termo, expressão do conceito) –, são signos, ou seja, signos de significações atribuíveis – ou não atribuíveis – a coisas, estados ou situações” (GRAU, 2016, p. 150 et seq.).

(GRAU, 2012, p. 110).⁹ Por essa razão, nas sociedades de economia mista, o Estado encontra situação assimétrica em relação aos sócios privados. Nas sociedades de cujo capital o Estado apenas participe, ainda que majoritariamente, mas que sejam estruturadas segundo o modelo societário ortodoxo, sem derrogações excepcionais do regime jurídico pela lei autorizativa, prevalecerá a simetria entre os sócios (GRAU, 2012, p. 110).

Comungando desse direcionamento, a Lei 13.303/16 expressamente prevê que o Estado, na condição de acionista controlador, deve exercer o poder de controle no interesse da companhia, respeitado o interesse público que justificou sua criação (art. 4º, § 1º), ou seja, assimetricamente em relação aos demais sócios. Ademais, o detalhamento dessa derrogação do regime jurídico ordinário é nitidamente percebido no art. 13, que dispõe sobre diretrizes e restrições a serem consideradas na elaboração do estatuto da companhia.

Vale observar que, nos termos enunciados pela Lei de Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76 – art. 235, § 2º), as companhias de que participem as sociedades de economia mista não estão sujeitas às exceções a estas aplicáveis. Dito de outro modo, significa que as companhias de que participem as sociedades de economia mista estão integralmente sujeitas ao regime societário comum, inadmitindo-se a figura da sociedade de economia mista de segundo grau. Diversa é a orientação do Decreto-Lei 200/67, que expressamente classifica como sociedade de economia mista a sociedade controlada por ente da administração indireta (art. 5, III, *in fine*).

A Lei 13.303/16 afastou qualquer discussão sobre esse aspecto, na medida em que trata da matéria de maneira bastante ampla, submetendo ao seu regime inclusive a empresa pública e a sociedade de economia mista que participem de consórcio na

⁹ Em parecer elaborado em resposta à Consulta do Departamento Hidroviário da Secretaria dos Transportes do Estado de São Paulo (veiculado na Revista dos Tribunais, ano 68, novembro de 1979, volume 529, p. 39 e 40), Eros Grau reforça esse entendimento. Confirma-se: “cotejando os conceitos de sociedade de economia mista dispostos no Dec.-lei n. 200/67 e na recém editada Lei das S/A, assim dispôs: Característica essencial da sociedade de economia mista, conforme se conclui a partir da exegese do art. 5º do Dec.-lei 200/67 – além, naturalmente, do exercício de atividade econômica, da atribuição a ela de personalidade jurídica de direito privado, da forma necessária de sociedade anônima e da titularidade da União ou entidade da Administração indireta da maioria de suas ações com direito a voto – é a criação por lei. Nesta criação se encontra o *discrîmen* das sociedades de economia mista, visto que daí emerge a criação de um regime jurídico especial para elas”.

condição de operadora e todas as sociedades, inclusive as de propósitos específicos, que sejam controladas por empresa pública ou sociedade de economia mista (art. 1º, caput, §§ 5º e 6º). Não bastasse, a nova lei determinou que sejam adotadas práticas de governança e controle, proporcionais à relevância, à materialidade e aos riscos do negócio do qual são partícipes, nas participações em sociedade empresarial em que a empresa pública, a sociedade de economia mista e suas subsidiárias não detenham o controle acionário (art. 1º, § 7º). Aqui não houve inovação, uma vez que a matéria já era disciplinada de forma idêntica pela Lei 6.404/67.

Essa ampliação é adequada segundo a doutrina de Eros Grau. Ao se examinar o vigente afirmar que a Lei 13.303/16 concretiza o imperativo constitucional, na medida em que se amolda aos preceitos aduzidos e confere maior concretude aos balizadores de atuação do Estado no campo econômico. A novel legislação também se mostrou condizente ao referencial teórico adotado – obra de Eros Roberto Grau – somente destoando em único aspecto (possibilidade de autorização de participação em capital de sociedade privada pela via societária).

Merece destaque a elevação da exigência de detalhamento nas leis autorizativas de criação de empresas públicas e sociedades de economia mista, tornando legal o que a doutrina recomendava. Esse aprimoramento pode ser percebido, por exemplo, na positivação das necessárias derrogações do regime societário ordinário em alguns casos e no direcionamento ao cumprimento da função social das estatais brasileiras, mediante instrumentos de controle.

Referências

FONSECA, Gustavo M.; VASCONCELLOS, Juliana F.B de. Atividade econômica e serviços públicos na Lei nº 13.303/16 à luz da doutrina de Eros Grau. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, n. 23, v. 1, p. 35-54, nov. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

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

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

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

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

_____. **Por que tenho medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. São Paulo: Malheiros, 2016.

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

Reforma Trabalhista: a nova regra da supressão da gratificação de função, como consequência da reversão ao cargo efetivo, em contraponto à Súmula 372 do TST

Marco Aurélio Aguiar Barreto

Advogado no Distrito Federal

Mestre em Direito Internacional Econômico pela

Universidade Católica de Brasília

Gerente Executivo Jurídico da Diretoria Jurídica do

Banco do Brasil S/A, em Brasília/DF

Professor em Direito do Trabalho e Direito

Processual do Trabalho

Pós-graduação em Direito do Trabalho, Direito

Processual Civil, Direito Civil – Contratos, MBA –

Estratégia de Negócios e MBA – Gestão de

Serviços Jurídicos pela FGV

Membro do IBDSCJ – Instituto de Direito Social

Cesarino Junior, da ABAT – Associação Bahiana de

Advogados Trabalhistas e da JUTRA – Associação

Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho

RESUMO

A Reforma Trabalhista, objeto da Lei 13.467/2017, tem suscitado dúvidas, sobretudo, divergências de entendimentos. Um dos pontos que têm gerado discussões é a reversão do empregado ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança, independente do tempo de exercício, com ou sem justo motivo, não tendo direito à incorporação, como previsto na nova redação do artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho. Alguns juristas e magistrados defendem que há direito adquirido para os empregados que exerciam o cargo de confiança por mais de 10 anos na data do início de vigência da Nova Lei, independente de a Súmula 372 do TST não ter força de lei e estar confrontando a Lei atual. O debate está posto e o momento é adequado, mesmo sem a intenção de esgotar o assunto.

Palavras-chave: Trabalho. Cargo de confiança. Gratificação. Incorporação.

ABSTRACT

The Labor Reform object of Law 13467/2017 has raised doubts, mainly, divergences of understandings. One of the points that has generated discussions is the reversion of the employee to the former position, previously occupied, leaving the exercise of a trust function, depending on the time of exercise, with or without just cause, not having the right to incorporate, as provided in the new Article 468 of the Consolidation of Labor Laws. Some lawyers and judges contend that there is an acquired right for the employees holding the position of trust for more than 10 years on the effective date of the New Law, regardless of the TST Summary 372 has no force of law and be confronting the current Law. The debate is on and the timing is adequate, even without the intention of exhausting the subject.

Keywords: Work. Position of trust. Gratification. Incorporation.

Introdução

A edição da Lei nº 13.467¹, publicada no Diário Oficial da União de 14 de julho de 2017, cuja vigência iniciou-se após o decurso de 120 dias de sua publicação, alterou significativamente a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), suscitando muitas dúvidas e críticas, o que demanda a necessidade de criteriosa análise dos seus principais pontos e reflexos.

As discussões tiveram origem no Projeto de Lei 6.787/2016, de iniciativa do Sr. Presidente da República. De acordo com a justificativa que lhe foi apresentada pelo Exmo. Sr. Ministro do Trabalho, Ronaldo Nogueira de Oliveira, no Documento EM 000036/2016, de 22/12/2016², a proposta de encaminhamento do Projeto de Lei tinha por objetivo proceder a alterações no Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a bem do seu aprimoramento:

¹ BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Publicação no D.O.U. de 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

² Ministro do Trabalho, Sr. Ronaldo Nogueira Oliveira, EM 000036/2016, de 22 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista-1>>. Acesso em: 01 out. 2017.

Submetemos à elevada consideração de Vossa Excelência a anexa proposta de Projeto de Lei que altera o Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 - CLT, para aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

Sobressai dos muitos artigos publicados e manifestações na mídia que a Reforma Trabalhista teria carecido de amplo debate, considerando a importância das normas que seriam objeto de alterações, e que o tempo de tramitação teria sido exíguo, sob o argumento da necessidade de celeridade para retirar o país da crise e destravar os indicadores econômicos.

Contudo, segundo o relatório apresentado pelo Exmo. Sr. Deputado Federal Rogério Marinho³, relator do Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, perante a Comissão Especial, foram ouvidos os diversos setores e partes envolvidas, entre estas, membros da Magistratura do Trabalho (TST e TRT's), do Ministério Público do Trabalho, de Centrais Sindicais, de Confederações Patronais, entre outros importantes segmentos, em audiências públicas realizadas em 16/02, 21/02, 07/03, 08/03, 09/03, 14/03, 15/03, 16/03, 21/03, 22/03, 23/03, 28/03, 29/03, 30/03, 04/04, 05/04, 06/04/2017, além de seminários realizados em algumas Unidades da Federação, como no Espírito Santo, em 20/03; no Rio de Janeiro, em 20/03; em Minas Gerais, em 24/03; no Rio Grande do Sul, em 24/03; no Ceará, em 03/04; em São Paulo, em 10/04; na Bahia, em 10/04/2017, além de outras reuniões e debates, com autoridades e representantes de diversos setores da sociedade.

Apenas a título de registro, eis o trecho do referido relatório:

Na busca de um resultado o mais amplo e democrático possível, decidimos ouvir todas as partes envolvidas, garantindo o direito de manifestação de setores

³ BRASIL. Projeto de Lei nº 6.787, de 2016. Câmara dos Deputados, Comissão Especial, Relator Deputado Rogério Marinho. Disponível:< http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/parecer-do-relator-dep-rogerio-marinho_120417>. Acesso em 01 out. 2017.

do Governo Federal, do Judiciário Trabalhista, do Ministério Público do Trabalho, de representantes dos trabalhadores e dos empregadores, de especialistas os mais diversos, enfim, de todos os interessados em se manifestar. Além disso, para dar amplitude a essas consultas, além de a Câmara dos Deputados ter colocado à disposição da sociedade o acesso tanto ao Portal e-Democracia quanto a um endereço eletrônico específico da Comissão Especial para o recebimento de críticas e sugestões, deixamos as portas de nosso gabinete abertas para aqueles que quisessem se manifestar.

Nesse processo de se garantir a ampla discussão democrática da matéria, foram realizadas inúmeras audiências públicas, seminários, mesas redondas, reuniões de trabalho, reuniões técnicas, neste que é o espaço para o debate público por excelência, o Poder Legislativo, bem como nos mais diversos Estados da Federação.

A extensa pauta de temas que permearam os debates abrangeu o direito individual do trabalho, no âmbito urbano e rural, o direito coletivo do trabalho, o direito processual do trabalho, com ênfase nos aspectos relativos aos limites para aplicação de súmulas de jurisprudência, os mecanismos de solução extrajudicial dos conflitos trabalhistas, o trabalho temporário, o trabalho em regime de tempo parcial, o trabalho intermitente e o teletrabalho, entre outros.

São muitos os pontos alterados pela Reforma Trabalhista, e, sem qualquer pretensão de esgotamento do assunto, inclusive respeitando todas as opiniões a respeito, notadamente, porque têm sido muitas as críticas condenando, de forma geral, toda e qualquer alteração que se pretenda na legislação trabalhista, até mesmo independentemente da opinião do maior interessado, que é o trabalhador, como, por exemplo, na questão da possibilidade de fracionamento das férias em até 3 (três) períodos dentro do prazo concessivo, por ora faremos uma análise pontual do art. 468 da CLT.

Não há dúvidas de que a dinamicidade das relações, permeada por eventos de natureza econômica, conduz a discussões acerca da necessidade de atualização legislativa, nesse contexto, a trabalhista.

Essa dinâmica das relações é permanente, com o surgimento de novas profissões e novas formas de trabalho, requerendo a constante regulação. Entretanto, sempre estará presente a necessária busca pelo equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho, o que envolve complexidade, sobretudo, no modo de regular essas relações, sem descuidar dos princípios garanti-

dores e elementos mínimos assegurados no patamar constitucional.

Encontrar esse equilíbrio será o grande desafio, sendo certo que, para que se possa alcançar algum resultado em termos de crescimento econômico, não se pode ficar atrelado a ideologias, muito menos a populismos. Nesse sentido, o artigo intitulado **Emprego**, de autoria do ex-Ministro Delfim Netto⁴, publicado no *Jornal do Comércio*, em Porto Alegre, em 04/10/2017:

A esse respeito, é preciso reconhecer que a recente reforma trabalhista poderá exercer uma acomodação mais rápida se deixar de ser alvo de suspeitas arguições de inconstitucionalidade que entopem o STF e superar a “má vontade” de ministros do TST, vindos do sindicalismo protegido pelo monopólio geográfico (unicidade) e o financiamento obrigatório (imposto sindical).

A reforma não tirou nenhum direito dos trabalhadores. Nem poderia, pois eles são cláusula pétrea da Constituição de 1988! Ela facilitará melhores escolhas para o encontro de interesses dos trabalhadores e das empresas, num momento em que as próprias necessidades do trabalho possibilitam maior liberdade. Cada vez mais tipos de trabalhos exigem menor confinamento espacial para serem realizados com eficiência.

Em contraponto, magistrados e procuradores do trabalho, às vésperas da votação do PLC 38/2017 no Senado Federal, em 11/07/2017, manifestaram-se contra a aprovação, porque, segundo defendem, está crivada de inconstitucionalidades, além de não ter sido amplamente discutida pela sociedade. Eis trecho da matéria publicada no jornal *Folha de São Paulo*⁵, expondo na íntegra a Nota Pública divulgada assinada pelo Ministério Público do Trabalho, Ordem dos Advogados do Brasil e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil:

O MPT (Ministério Público do Trabalho), a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e a CNBB (Conferência

⁴ NETTO. Antônio Delfim. *Emprego*. **Jornal do Comércio**, Porto Alegre/RS, publicação de 04 de outubro de 2017, Caderno Economia. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/10/economia/588944-opinioao-economica-emprego.html>. Acesso em 06 out. 2017.

⁵ *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo/SP, 10 de julho de 2017, Seção Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1900096-para-mpt-oab-e-cnbb-reforma-trabalhista-viola-a-constituicao.shtml>>. Acesso em 06 out. 2017.

Nacional dos Bispos do Brasil), entre outros, divulgaram nota nesta segunda (10) criticando o projeto de reforma trabalhista.

As entidades afirmam que o texto da proposta está “crivado de inconstitucionalidades” e representa “grave retrocesso social”.

A reforma será votada nesta terça no plenário do Senado. Caso seja aprovada sem alterações no texto, ela vai para sanção do presidente Michel Temer.

Entre os pontos inconstitucionais destacados na nota, estão a prevalência do negociado sobre o legislado, o que contrariaria o artigo 7º da Constituição Federal, proposta central da reforma.

Outra crítica feita é direcionada à proibição de que a Justiça do Trabalho examine o conteúdo de acordos e convenções coletivas. Hoje, juízes anulam cláusulas que consideram violar a CLT, o que, na visão de empresários, aumenta a insegurança jurídica dessas normas. Essa limitação, na visão das entidades, viola o artigo 5º da Constituição ao tornar os acordos coletivos totalmente imunes à jurisdição – caso a reforma seja aprovada, eles seriam os únicos negócios jurídicos do país nessa situação.

A possibilidade de prorrogação da jornada de trabalho por acordo individual, em detrimento do coletivo, e a instituição de um limite máximo para pagamento de indenizações por danos morais com base no salário das vítimas também seriam inconstitucionais, segundo as entidades.

A nota ainda classifica a reforma como “açodada” e critica a falta de participação da sociedade nas discussões em torno do projeto no Congresso.

Caso seja sancionada, o Brasil estaria rompendo com o compromisso assumido ao assinar o Pacto de São José da Costa Rica de conseguir progressivamente a plena efetividade de direitos econômicos e sociais, entre outros.

É importante salientar que nem mesmo o negociado sobre o legislado poderá ousar suprimir direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, como sempre lembrado nos posicionamentos contrários e a favor da Reforma Trabalhista.

Apesar de toda onda de pessimismo que vem permeando as discussões a respeito do conteúdo da Reforma Trabalhista, alguns pontos, apesar de polêmicos e serem incluídos no rol dos supostos direitos suprimidos, há de se considerar que, até então, são geradores de embates judiciais, em razão da falta de clareza nas definições, gerando interpretações variadas e, consequentemente, até pela má aplicação, ocasionaram insegurança jurídica.

Com todas as vênias, passa-se a tratar de um desses pontos em que, apesar de a legislação e jurisprudência definirem crité-

rios objetivos para o direito, os excessos cometidos, tanto na interpretação para aplicação da norma como na aplicação de Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho, sob o argumento do princípio da proteção, lamentavelmente, ensejaram alterações na legislação trabalhista, merecendo os seguintes comentários.

1 Reversão ao cargo efetivo x estabilização financeira

A Consolidação das Leis do Trabalho⁶, historicamente, em seu art. 468, entende que somente é considerada lícita a alteração contratual, mesmo que no normal exercício do poder diretivo e de organização; porém, desde que não resulte, direta ou indiretamente, em prejuízos ao empregado.

Trata-se da prevalência do princípio da imodificabilidade unilateral do contrato de trabalho, como sinal da forte intervenção do Estado na relação entre empregado e empregador, para que a parte economicamente mais frágil não seja prejudicada pelas imposições do mais forte.

O parágrafo único do referido artigo disciplina que “não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.

A previsão legal é correta, porque, se não há estabilidade no emprego, salvo nas hipóteses legais de estabilidades provisórias, ou as que decorram de acordos, convenções coletivas de trabalho ou normas internas de empresa, não teria sentido defender a estabilidade no exercício de cargo de confiança da empresa.

A variação é consequência da direção da prestação do serviço, por onde se destaca a opinião de Magano (1986, p. 298), para quem o contrato de trabalho:

[...] traz o germe da alteração na sua própria natureza, como decorrência do poder hierárquico que o empregador tem sobre o empregado. O poder hierárquico, quando exercido no sentido de alterar as condições

⁶ CLT Organizada. Isabelli Gravatá et. al. - 3. Ed. - São Paulo: LTr, 2012: "Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. Parágrafo único - Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança".

de trabalho, chama-se mais especificamente *jus variandi*. Diz Hugo Gueiros Bernardes, 'o *jus variandi* constitui implícita consequência da direção da prestação dos serviços, consagrada entre nós, no art. 2º da CLT'. A apontada antinomia é, todavia, mais aparente do que real. O legislador adotou, na verdade, solução de compromisso entre as duas diretrizes contrastantes. Por fidelidade ao princípio de que *pacta sunt servanda*, criou o art. 468, da CLT. Pela compreensão de que o contrato tende à alteração devido ao elemento subordinação, que *lhe* é essencial, consistente este numa permanente sujeição do empregado às ordens do empregador, permitiu que, em casos excepcionais, o contrato fosse passível de alteração.

Ocorre que a legislação preferiu a omissão ignorando a insegurança estabelecida contra o trabalhador, porque ficava vulnerável a descomissionamentos inesperados, até mesmo por razões políticas, ou situações sem qualquer motivo, sofrendo acentuadas perdas salariais, em desrespeito ao princípio da estabilidade financeira.

Considerando a omissão da CLT sobre o assunto, a jurisprudência passou a expressar o entendimento de que, caso o empregado fosse restituído ao cargo efetivo – em consequência de ter deixado de ocupar e exercer cargo de confiança da empresa –, haveria a incorporação da gratificação desse cargo, a depender do tempo desse exercício.

Diante de reiteradas demandas apreciadas pelo Judiciário Trabalhista, em 1996, o Tribunal Superior do Trabalho, consolidando a sua jurisprudência, editou a Súmula nº 372 (ex-Orientação Jurisprudencial nº 45 da Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais), com a seguinte redação, conforme as alterações inseridas em 2003 e 2005 (Resolução nº 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005), impondo limites:

Súmula nº 372 do TST – GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. SUPRESSÃO OU REDUÇÃO. LIMITES. (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 45 e 303 da SBDI-I) – Res. Nº 129/2005, DJ 20, 22 e 25.4.2005.

I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. (ex-OJ nº 45 da SBDI-1 – inserida em 25.11.1996).

II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação. (ex-OJ nº 303 da SBDI-1 – DJ 11.8.2003).

Apesar de pressões de entidades sindicais e até mesmo de alguns setores do Ministério Público do Trabalho, que, em determinadas situações, entendem que a incorporação dever-se-ia ocorrer de forma administrativa por iniciativa da empresa, a própria Súmula enfatizou o fato de que a reversão ao cargo efetivo ensejaria a incorporação da gratificação da função, caso suprimida sem o justo motivo. Assim, a existência ou não do justo motivo passava a ser objeto de prova.

Afirma-se razoabilidade nesse entendimento, porque, de conformidade com o devido processo legal, as partes teriam a ampla defesa e poderiam exercer o contraditório.

O justo motivo, para fundamentar a reversão do empregado, exercente de cargo de confiança, ao cargo efetivo, portanto com a perda da percepção da gratificação da função, não poderia ser entendido como o cometimento de falta grave, que, por certo, ensejaria a quebra de confiança para a manutenção do próprio vínculo de emprego, mas deve dizer respeito à falta de confiança suficiente apenas para o exercício da função, mantendo-se o emprego.

O entendimento que deveria prevalecer é que o ato ou os atos praticados pelo empregado, motivadores da reversão ao cargo efetivo, seriam aqueles que não mais sustentassem o mesmo nível de confiança que lhe atribuíra o empregador, para o exercício de um cargo de confiança, de gerenciamento, de direção na estrutura hierárquica da empresa.

Pela redação da Súmula, seria necessário perquirir e provar se estaria presente ou não o justo motivo. Oportuna a opinião de Garcia (2011, p. 521-522):

Nesse sentido, cabe destacar o próprio parágrafo único do art. 468 da CLT, ao estabelecer que: “Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança”.

O *ius variandi* extraordinário, portanto, pode até acarretar prejuízo ao empregado; por isso, exige-se o seu exercício nos estritos limites legais, e somente em hipóteses bem específicas, autorizadas pelo sistema jurídico.

Antes de verificar outras hipóteses, cabe esclarecer, ainda quanto à reversão do empregado ao cargo efetivo, como fica a eventual gratificação recebida pelo exercício da função de confiança.

[...]

Assim, a jurisprudência adota como critério, para garantir a estabilidade financeira, o recebimento da gratificação de função por dez anos ou mais.

Presente esse tempo, se a reversão foi determinada sem justo motivo, ou seja, sem uma justificativa razoável para a medida, o empregado tem o direito de permanecer recebendo a gratificação de função, mesmo não exercendo mais a função de confiança.

Ocorre que, por diversos motivos, entre eles a inadequada aplicação da Súmula 372 do TST por alguns juízes de 1º grau de Jurisdição e por alguns Tribunais Regionais do Trabalho, de certa forma ensejaram insatisfações e movimentos contrários que, de alguma maneira, influenciaram a alteração da redação do art. 468, da CLT, no contexto da Reforma Trabalhista.

1.1 Cases

Ilustra-se o caso de um empregado que teve seu nome envolvido, no ano de 2007, em investigações a cargo do TCU – Tribunal de Contas da União e, concomitantemente, pela CPMI – Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, que apuravam, respectivamente, o denominado escândalo de corrupção “MEN-SALÃO”.

De imediato, assim que houve o relatório do TCU – embora, antes do julgamento final – a empresa, diante do envolvimento de sua marca/nome em um escândalo dessa natureza, providenciou a imediata reversão do referido empregado ao cargo efetivo, retirando-lhe do quadro da diretoria diretamente mencionada no escândalo, que também ensejou o afastamento do então diretor – atualmente preso no Complexo da Papuda, em Brasília – de quem o empregado revertido ao cargo efetivo, deixando o cargo de confiança, era gerente de uma equipe subordinada a esse então diretor.

Na data do descomissionamento, em 2007, o que a empresa sabia é que o nome do seu então empregado figurava entre aqueles investigados pelo Tribunal de Contas da União, por participarem em supostos atos ilícitos e antieconômicos na gestão de recursos destinados à publicidade e propaganda da empresa (fl. 480, volume II do relatório final dos trabalhos da CPMI dos Correios, que investigou o Valerioduto).

Naquele momento, o que a empresa tinha conhecimento é que o seu empregado estava sendo investigado e, inclusive, já com indicação de acatamento de algumas e de não acatamento de outras justificativas, com proposição de penalidade de multa, conforme voto do então Exmo. Sr. Ministro Relator, em procedimento instaurado, conforme registros que também constaram do Acórdão da Egrégia 6ª Turma do Tribunal Superior do

Trabalho, no Processo TST-RR-393-2007-002-10-40.9⁷, sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro Horácio Sena Pires, quando deu provimento ao Recurso de Revista interposto pela empresa, contra a condenação imposta pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, no sentido da estabilização financeira do empregado.

O acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região deferiu o restabelecimento do valor referente à gratificação de função, sob o argumento da inexistência de justo motivo e o da percepção de tal gratificação por mais de dez anos. Também condenou o “reclamado ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 10.000,00” em razão do “modo desidioso com que o reclamado tratou a investigação procedida pela auditoria interna”.

Por outro lado, o entendimento da C. Turma do TRT da 10ª Região ignorou que o Enunciado da Súmula nº 372/TST estabelece dois requisitos para que seja assegurada ao empregado a estabilidade financeira em razão do exercício de função comissionada. O primeiro, de natureza objetiva, guarda relação com o período do exercício da comissão, qual seja: 10 ou mais anos. O segundo, de natureza subjetiva: a ausência do justo motivo, de tal modo que, preenchidos tais requisitos, cumulativamente, aplicar-se-ia o princípio da estabilidade financeira em caso de descomissionamento.

O relator do recurso ordinário interposto pela empresa, perante o TRT da 10ª Região, com base nas informações, até aquele momento, entendeu pelo provimento do recurso da empresa, para absolvê-la da condenação de restabelecimento da gratificação suprimida, considerando, na sua análise, a existência de justo motivo, embora tenha prevalecido a divergência apresentada, que assim concluiu:

[...] não há, nos autos, prova cabal de qualquer conduta desabonadora por parte do reclamante, até mesmo porque o processo administrativo nem mesmo foi concluído. Ao contrário, há nos autos declarações de que nada há contra o empregado. Não se pode misturar a expectativa de resultado do processo penal/administrativo com o processo do trabalho. Dou provi-

⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Sexta Turma. Processo nº TST-RR-39340-97.2007.5.10.0002, Relator Ministro Horácio Sena Pires. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=39340&digitoTst=97&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=002&submit=Consultar>>. Acesso em: 01 out. 2017.

mento para deferir o pagamento da gratificação de função recebida por mais de dez anos, com antecipação de tutela.

No entendimento expressado no voto do Exmo. Sr. Desembargador Relator, embora vencido pela divergência aberta, constatou que:

O caso da CPMI dos Correios é de conhecimento público e notório, diante da ampla divulgação dos fatos pela imprensa, tratando-se de um dos maiores escândalos nacionais dos últimos anos.

O reclamante atuava como Gerente de Marketing e Comunicação do banco, estando envolvido nos processos de licitação com empresas de publicidade e propaganda.

Em face das funções desempenhadas pelo autor, este respondeu a processo movido pelo Tribunal de Contas da União, por força de irregularidades que vieram à tona quando da investigação da CPMI dos Correios.

Tal fato me parece suficiente para justificar a perda da fidúcia necessária para o preenchimento da função de confiança. Afinal, como poderia uma sociedade de economia mista incumbir seus contratos de licitação a empregado investigado pelo TCU justamente por irregularidades em processos licitatórios, ainda mais se considerarmos que tal Tribunal já aplicou sanção pecuniária ao empregado envolvido no escândalo?

Considero, pois, satisfeito o requisito da Súmula n.º 372, I, da Corte Superior do Trabalho para a retirada da gratificação de função recebida pelo autor.

Apenas a título de esclarecimento, destaco que não é exigível a abertura de processo administrativo propriamente dito unicamente para verificar a possibilidade de supressão de gratificação de função. Por outro lado, forçoso seria a manutenção do autor em função de confiança gratificada diante de tantas evidências de sua participação nas irregularidades acima relacionadas.

Assim, dou provimento ao recurso do reclamado para absolvê-lo da condenação de restabelecimento da gratificação suprimida, diante da existência de justo motivo para o corte da parcela; consequentemente, não há tutela a ser antecipada ao reclamante, no particular.

Este é o meu entendimento.

Contudo, prevaleceu a divergência apresentada pelo Exmo. Juiz [...]

Em 17 de março de 2010, em sede de embargos de declaração opostos pelo reclamante, contra o Acórdão da 6ª Turma que conheceu e deu provimento ao recurso de revista interposto pela empresa para suprimir a gratificação de função, deu-se provi-

mento com efeito modificativo, para restabelecer a condenação da empresa a incorporá-la, com base na Súmula 372 do próprio TST, tendo em vista documento juntado pelo reclamante/embargente, de que fora ao final absolvido pelo TCU.

Destaca-se o trecho do Acórdão complementar, com efeito modificativo dos embargos de declaração, sob a relatoria do Exmo. Sr. Ministro Augusto César Leite de Carvalho, em sessão de 10 de março de 2010:

[...]

Não obstante isso, entre a interposição e o julgamento do agravo de instrumento do reclamado, o reclamante colacionou documentos (fls. 445/464) que comprovam ter sido inocentado no processo perante o TCU, o qual apurava seu envolvimento no aludido esquema do mensalão. Ressaltou a observância ao disposto no artigo 462 do CPC, o qual dispõe: “Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença”.

Pelo que se infere da decisão embargada, efetivamente não se considerou a referida juntada.

Se a decisão embargada alicerçou-se na condenação ao pagamento de multa administrativa para justificar a má conduta que impediu a integração da gratificação, conforme fl. 474-v, e o reclamante posteriormente foi absolvido dessa condenação, não subsiste o suporte fático balizador do acórdão embargado, evidenciando-se a necessidade da concessão de efeito modificativo aos presentes embargos declaratórios.

Na citada decisão percebe-se a ausência de fundamentos ou até mesmo comentários sobre os demais elementos do processo servíveis para caracterizar o justo motivo, pois, neste caso, o suporte fático não se extrairia apenas do procedimento a cargo do TCU, mas também do envolvimento do nome do reclamante tanto na apuração perante o TCU como na CPMI, instaurados em 2007, quando o escândalo tornou-se público e notório, com a vinculação do nome da empresa, que, por esse motivo, não poderia quedar inerte e parecer conivente com as ocorrências à época noticiadas.

Enfim, não se está, como frisado antes, a discutir a correção das decisões judiciais, mas, sobretudo, a indagar o que seria, então, esse justo motivo exigido pela Súmula 372 do TST. Dependeria de condenação do empregado em algum processo para

justificar a perda da confiança suficiente para o exercício de uma função que requer a existência de uma fidúcia especial?

Também já foi possível detectar outras decisões de Tribunais Regionais que ultrapassaram os limites objetivos da Súmula 372/TST, merecendo destaque a equilibrada decisão do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de fazer valer a clareza e a justiça do contido na sua jurisprudência, gerando segurança jurídica, em especial, quanto ao tempo de exercício de função de confiança por dez anos ou mais, evitando-se a má aplicação da Súmula.

Trata-se do acórdão da Egrégia Terceira Turma do TST, sob a relatoria do Exmo. Sr. Juiz Convocado Luiz Ronan Neves Koury, no julgamento do recurso de revista interposto pela empresa no processo TST-ED-RR-724647-27.2001.5.02.5555⁸, o qual reformou decisão da Vara do Trabalho, confirmada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em que fora concedida a estabilidade financeira a um empregado que exerceu a função de confiança por 5 anos e 7 meses, contrariando a Súmula 372/TST.

Transcreve-se trecho do acórdão regional que negou provimento ao recurso ordinário interposto pela empresa, para condená-la a incorporar a gratificação de função exercida por menos de 10 anos:

É incontroverso que, de 1/3/1991 a 18/10/1996, o recorrido recebeu gratificação de função. Neste período, embora detentor do cargo de escriturário, exerceu função de confiança (gerente e gerente geral de agência).

Pois bem, a fidúcia convém ao empregador.

Ao empregado, servindo com zelo, dedicação e preterição pessoal, há várias vantagens.

Por exemplo, a remuneração, aumentando a receita, o conforto material. A posição hierárquica no emprego, assim, na superioridade sobre os colegas; também a proximidade ao poder de mando.

Tais institutos (fidúcia, majoração salarial, posição hierárquica) ensejam incommensuráveis efeitos positivos no modus vivendi do empregado.

Todavia, considerando a origem e o tempo havido, entendo, sua supressão enseja prejuízo psicológico e físico.

⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma, processo nº TST-ED-RR-724647-27.2001.5.02.5555, Relatoria Juiz Convocado Luiz Ronan Neves Koury, publicado no DJ de 16/02/2007. Disponível em: <[http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=724647&digitoTst=27&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=5555&submit=Consultar#](http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=724647&digitoTst=27&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=5555&submit=Consultar#>)>. Acesso em: 01 out. 2017.

É fator conhecido. O empregado, desacreditado na fidedúcia, perde o posto funcional, a auto-estima, o vencimento, culmina desorientado, até esquecendo o seu lugar na organização. Inquieto, remanesce lembrando o status quo ante, em vão.

Neste sentido, ainda à analogia do Precedente Jurisprudencial 45 da SDI do C. TST, embora o respectivo limite fixado (10 anos ou mais), concluo que in casu (5 anos, 7 meses e 17 dias) convém a reparação sub judice.

Diante do exposto, a despeito dos argumentos recursais, mormente sobre Regulamento de Pessoal, caráter de efetividade, natureza e correspondência a exercício de funções, contraprestação pecuniária da atividade, e a citado regramento (CLT, 468), desassiste razão à recorrente.

Em acórdão da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a questão foi conduzida à ordem: “Consoante se vê, o acórdão proferido, ao manter a sentença que concedeu a incorporação da gratificação de função ao reclamante, que a recebeu por período inferior a 10 anos, contrariou a Orientação Jurisprudencial 45/SBDI-1/TST, atual Súmula 372, I, TST”.

No caso, restabeleceu-se a segurança jurídica, mediante provimento ao recurso da empresa, para reformar a sentença e o acórdão que a condenavam na incorporação da gratificação de função a empregado revertido ao cargo efetivo após ter exercido menos de 10 anos na função de confiança, em legítimo confronto à Súmula 372/TST.

2 É o fim da estabilidade financeira prevista na Súmula 372/TST?

Conforme dito, de forma alguma se pretende, com este trabalho, criticar o conteúdo das decisões judiciais, tampouco questionar o aspecto de correção da legalidade, mas há que se lançar um olhar sobre possíveis elementos que poderiam ter municiado correntes contrárias à Súmula 372/TST, potencializadas por eventuais excessos ou inspirações de fundo ideológico político cometidos na sua aplicação pelos magistrados, principalmente se ignoram os requisitos tempo de gratificação e justo motivo, para a correta reversão do empregado ao cargo efetivo, sem a incorporação da gratificação de função.

⁹ BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho – Atualizada pela Lei 13.467/17. São Paulo: Migalhas, 2017, p. 151.

Nesse contexto, exsurge a redação do aludido artigo na CLT⁹, por força da Lei nº 13.467/2017, notadamente, com a supressão do parágrafo único e a decorrente inserção dos parágrafos 1º e 2º:

Art. 468 Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ 1º Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

§ 2º A alteração de que trata o § 1º deste artigo, com ou sem justo motivo, não assegura ao empregado o direito à manutenção do pagamento da gratificação correspondente, que não será incorporada, independentemente do tempo de exercício da respectiva função. (NR) (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (grifo nosso).

A indagação que fica, então, é de como será a aplicação da norma acima citada, após a vigência da Lei nº 13.467/2017, se, quando da atual redação do art. 468 da CLT, frise-se, anterior à reforma, combinado com a Súmula 372 do TST, era possível verificarmos decisões judiciais desconexas com a própria jurisprudência do TST, então, o futuro art. 468 celetista representaria, de fato, a extinção da estabilidade financeira?

A questão tem suscitado discussões, especialmente a respeito de como ficará a Súmula 372/TST diante da aplicação da nova redação do art. 468 da CLT, que não gera dúvidas, tampouco margem para a interpretação dos juízes como bem entenderem.

São muitos os comentários contra e a favor da alteração. Há críticas de que a alteração conduzirá ao cancelamento da Súmula 372/TST. Outros ainda reforçam afirmando que a inovação legislativa representa violação ao direito adquirido, portanto inconstitucional.

Nesse ponto, há de se indagar se haveria mesmo direito adquirido ou uma mera expectativa de direito, considerando que, na ocorrência de descomissionamento, em análise probatória, caberia ao magistrado, à luz do vigente parágrafo único do art. 468 da CLT e da citada Súmula, extrair e fundamentar para decidir se foi cumprido o prazo mínimo de exercício de cargos de confiança, bem como se a reversão ao cargo efetivo se deu sem justo motivo.

Existem indagações a que somente o tempo e os julgamentos de eventuais demandas poderão responder, como, por exemplo, se haverá modulação!

A reversão ao cargo efetivo também é debatida nas hipóteses de extinção do estabelecimento, conforme será visto a seguir.

3 Na hipótese de extinção do estabelecimento, é lícita a transferência seguida da reversão ao cargo efetivo? É justo motivo para a Súmula 372/TST?

A transferência de empregado, em razão da extinção do estabelecimento (§ 2º do art. 469 da CLT), por exemplo, decorrente de oscilações na economia do país, autorizaria, concomitantemente, a reversão ao cargo efetivo com a consequente supressão da gratificação, em hipótese de, nas localidades com vagas, não existirem vagos cargos de confiança?

Como visto, a regulação sobre alteração do contrato de trabalho e do local de prestação do serviço pelo empregado encontra-se delineada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seus artigos 468 e 469.¹⁰

Na hipótese de uma empresa, por necessidade decorrente de alterações no cenário da economia do país, no pleno exercício do seu poder diretivo e organizacional, visando à sobrevivência e sustentabilidade, implementar uma reestruturação em sua rede de filiais, concluir pelo fechamento de alguma unidade, que implicações poderia enfrentar na esfera trabalhista, exerça o empregado cargo de confiança ou não?

¹⁰ "Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. [...]"

Art. 469. Ao empregador é vedado transferir o empregado, sem a sua anuência, para localidade diversa da que resultar do contrato, não se considerando transferência a que não acarretar necessariamente a mudança do seu domicílio.

§1º Não estão compreendidos na proibição deste artigo: os empregados que exerçam cargo de confiança e aqueles cujos contratos tenham como condição, implícita ou explícita, a transferência, quando esta decorra de real necessidade de serviço.

§2º É lícita a transferência quando ocorrer extinção do estabelecimento em que trabalhar o empregado.

§3º Em caso de necessidade de serviço o empregador poderá transferir o empregado para localidade diversa da que resultar do contrato, não obstante as restrições do artigo anterior, mas, nesse caso, ficará obrigado a um pagamento suplementar, nunca inferior a 25% (vinte e cinco por cento) dos salários que o empregado percebia naquela localidade, enquanto durar essa situação".

Entende-se que há amparo legal para a remoção compulsória de empregados na hipótese de real necessidade do serviço, situação apta a afastar, em tese, a regra geral de imutabilidade do contrato de trabalho, notadamente porque se está preservando, sobretudo, a empregabilidade, ou seja, a continuidade do vínculo empregatício, com todos os seus direitos e obrigações, porém em outro estabelecimento, não necessariamente na mesma localidade.

Entretanto, por ser razoável e medida de respeito ao trabalhador, considerando o caráter de reestruturação no empreendimento, entende-se que, também, por segurança, devam ser apresentadas, previamente, alternativas que permitam aos interessados optar pela transferência voluntária, com incentivos, até para resguardo do empregador e evitar o puro arbítrio, mantendo-se a transparência da situação real da empresa e das alternativas possíveis para a preservação dos empregos, recomendando-se, ainda, que o processo seja pautado por regras claras e objetivas, inclusive bem esclarecendo o caráter definitivo das remoções, e, assim, afastar expectativas quanto à incidência do adicional de transferência, previsto no §3º do artigo 469 da CLT, aplicável para situação diversa.

Nesse cenário, reforça-se a necessidade de observância ao entendimento consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho, por intermédio de sua Súmula nº 43¹¹, preservando a comprovação da existência de real necessidade do serviço.

Na ocorrência de encerramento do estabelecimento em determinada praça, para manter a empregabilidade – no que interessa e se preocupa a Justiça do Trabalho – não há outra melhor alternativa do que a transferência com as despesas arcadas pela empresa.

Vale mencionar esclarecedor acórdão da Sexta Turma – 12ª Câmara, do TRT da 15ª Região¹²:

TRANSFERÊNCIA DE EMPREGADA. EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO EM QUE A EMPREGADA TRABALHAVA. Embora o risco do empreendimento deva ser suportado pelo empregador, o artigo 469, pará-

¹¹ Súmula nº 43, do TST: TRANSFERÊNCIA. Presume-se abusiva a transferência de que trata o § 1º do art. 469 da CLT, sem comprovação da necessidade do serviço.

¹² BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Processo nº 0053600-49.2008.5.15.0086, RO 32096, Acórdão da 6ª Turma – 12ª Câmara, julgado em Sessão de 11/05/2010, Relatora Desembargadora Olga Aínda Joaquin Gomieri. Publicação no DJ de 04/06/2010. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica>>. Acesso em: 06 out. 2017.

grafo 2º da CLT é expresso em considerar lícita e não lesiva a transferência do empregado quando ocorrer a extinção do estabelecimento em que trabalhar. Vale mencionar, também, as palavras da ilustre jurista e magistrada Alice Monteiro de Barros: “A transferência por extinção do estabelecimento no local em que o empregado trabalha também é uma exceção à regra da inamovibilidade, pois poderá ocorrer de o empregador necessitar dos empregados em estabelecimento sediado em outro local. **A recusa do empregado equivale a pedido de demissão** (art. 469, § 2º, da CLT), salvo se portador de estabilidade decenária”. (Curso de Direito do Trabalho, 2 ed. São Paulo, LTr, 2006, p. 823).

Independente se a empresa é privada, sociedade de economia mista ou empresa pública, todas estão sob o mesmo regime celetista. Eis a seguinte ementa de acórdão da Quarta Turma do TRT da 9ª Região¹³:

EMPREGADO PÚBLICO. TRANSFERÊNCIA. EXTINÇÃO DO ESTABELECIMENTO. Em que pese os transtornos ocasionados ao autor pela extinção da unidade em que trabalhava no interior do Estado, não se pode considerar arbitrário o seu deslocamento para esta capital, na sede da Superintendência Regional do empregador, pois houve desativação do setor em que o mesmo trabalhava na localidade de origem e não há obrigação legal de transferência do empregado público para outros órgãos federais. Recurso a que se nega provimento.

Na hipótese de um empregado exercer cargo de confiança na filial que teve encerradas as suas atividades, principalmente quando não há igual função na localidade de seu interesse, torna-se inevitável a reversão ao cargo efetivo e a transferência para outra localidade que lhe possa interessar, em esforço conjunto para a manutenção e plena continuidade da relação de trabalho.

A remoção compulsória, caso o empregado recuse as opções de localidades com vagas que lhe foram ofertadas, em razão da extinção do estabelecimento na localidade em que se encontrava laborando, também representa alternativa a evi-

¹³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Processo nº TRT-PR-02133-2010-322-09-00-3(RO), Acórdão da 4ª Turma do TRT da 9ª Região, julgado em Sessão de 14/04/2011, Relator Desembargador Luiz Celso Napp. Publicação no DJ de 29/04/2011. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/pesquisaNumeracaoTRT.xhtml>>. Acesso em: 06 out. 2017.

tar-se a extinção do pacto laboral, em respeito ao princípio da continuidade da relação de emprego. Entretanto, lembre-se que a recusa pode ser interpretada como equivalência a um pedido de demissão.

Aspecto importante a ser observado pela empresa é não simular a necessidade de fechamento de determinada filial, para justificar remanejamento de empregados, o que seria considerado transferência ilícita ou nula de pleno direito, consoante o vigente art. 444 da CLT¹⁴, traduzindo abusividade de direito se restar demonstrada a simulação da situação ou o eventual caráter punitivo aos empregados.

Se a necessidade de fechamento for legítima, também é importante que o administrador da empresa faça a realocação dos empregados da forma menos onerosa para as partes dessa relação laboral, pois os excessos poderão gerar danos, e, na hipótese de culpa, que é objetiva, a reparação poderá ser uma consequência inevitável.

Hipótese dessa situação é quando do fechamento de uma filial ou de uma gerência regional não se observa o preenchimento das vagas existentes na mesma cidade – seja de cargo efetivo ou de confiança – lembrando que é equivocada a premissa de que a fidúcia necessária para o exercício do cargo de confiança desaparece com o fechamento da filial.

Enfim, é comum ver esse tema questionado judicialmente, mesmo quando o empregador envida todos esforços para minimizar os efeitos da reestruturação empresarial na vida do empregado, mas, naturalmente, este tende ao inconformismo; porém, no caso de real necessidade de encerramento da filial ou unidade, estará a empresa diante de uma regular transferência e, na hipótese de empregado que exercia cargo de confiança na filial encerrada, de uma também regular reversão ao cargo efetivo, caso não haja vaga compatível ou de seu interesse nas localidades disponibilizadas pela empresa.

Conclusão

O impacto da reforma trabalhista certamente sensibilizará a jurisprudência laboral.

Trata-se de um verdadeiro esforço legislativo para reconstruir as tradicionais formas de relações trabalhistas.

¹⁴ CLT vigente: “Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”.

Destaca-se o art. 468 celetista, alterado pela Lei 13.467/2017, com vigência a partir de 11.11.2017, cuja literalidade possibilitaria a reversão ao cargo efetivo, sem direito à estabilização financeira, independentemente do tempo de fruição ou motivos ensejadores.

Todavia, a receptividade dessa norma, pelo Judiciário, frente à Súmula 372 do TST, ainda é uma incógnita, principalmente para as relações laborais em curso.

A questão toma contornos não menos sinuosos quando envolve a extinção do estabelecimento, situação em que a premissa da empregabilidade permanece vigente na legislação, e no universo de aplicação do Direito ao Trabalho, ainda que alguns sacrifícios tenham que ser feitos, tal como a transferência compulsória, com ou sem a reversão ao cargo efetivo.

São muitas as indagações que pairam sobre a reforma trabalhista, cujas respostas, para os pontos específicos deste estudo, não se tem a pretensão de exaurir.

Mas com certeza pretendia-se fomentar e incentivar o diálogo sobre a reversão ao cargo efetivo e a estabilização financeira, na convicção de que o Direito do Trabalho prosseguirá fiel aos ditames e preceitos constitucionais, essencialmente àqueles que traduzem o fundamento para o crescimento do país, como o da valorização social do trabalho e da livre iniciativa empresarial, para, desse modo, ver-se atendidos os anseios de trabalhadores e empregadores.

A reforma legal veio em boa hora para o empresariado, que se dizia sufocado por uma legislação antiquada, sem significar tratamento indigno aos trabalhadores, ante as garantias e preceitos constitucionais permanecerem incólumes após esta reforma.

Mas o grande desafio será a mudança de mentalidade, na perspectiva de respeito à nova dimensão legislativa para as relações laborais, que inclusive valoriza o negociado sobre o legislado. É o momento ideal para um esforço conjunto entre capital e trabalho, em prol do crescimento econômico do país e da elevação do Direito do Trabalho a um novo patamar.

Por fim, ciente de que os desafios serão grandes, tanto no campo da implementação das novas relações laborais quanto no campo da interpretação da lei, apela-se para que a doutrina e, principalmente, a jurisprudência extraiam o melhor conteúdo desse novo diploma celetista, sem perder de vista o espírito e a finalidade da norma.

Referências

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho** – Atualizada pela Lei 13.467/17. São Paulo: Migalhas, 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Publicação no D.O.U. de 14 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.787, de 2016**. Câmara dos Deputados, Comissão Especial, Relator Deputado Rogério Marinho. Disponível: <http://www2.camara.leg.br/deputados/discursos-e-notas-taquigraficas/discursos-em-destaque/projeto-de-lei-no-6787-2016-reforma-trabalhista/parecer-do-relator-dep-rogério-marinho_120417>. Acesso em: 01 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. **Processo nº TRT-PR-02133-2010-322-09-00-3(RO)**, Acórdão da 4ª Turma do TRT da 9ª Região, julgado em Sessão de 14/04/2011, Relator Desembargador Luiz Celso Napp. Publicação no DJ de 29/04/2011. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/pesquisaprocessual/pesquisaNumeracaoTRT.xhtml>>. Acesso em: 06 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Processo nº 0053600-49.2008.5.15.0086**, RO 32096, Acórdão da 6ª Turma – 12ª Câmara, julgado em Sessão de 11/05/2010, Relatora Desembargadora Olga Ainda Joaquim Gomieri. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica>>. Acesso em: 06 out. 2017

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, Sexta Turma. **Processo nº TST-RR-39340-97.2007.5.10.0002**, Relator Ministro Horácio Sena Pires. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=39340&digitoTst=97anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=002&submit=Consultar>>. Acesso em 01 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 3ª Turma. **Processo nº TST-ED-RR-724647-27.2001.5.02.5555**, Relatoria Juiz Convocado Luiz Ronan Neves Koury, publicado no DJ de 16/02/2007. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=724647&digitoTst=27&anoTst=2001&orgaoTst=5&tribunalTst=02&varaTst=5555&submit=Consultar#>>. Acesso em: 01 out. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GRAVATÁ, Isabelli et. al. **CLT Organizada**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2012.

Jornal **Folha de São Paulo**, São Paulo/SP, 10 de julho de 2017, Seção Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1900096-para-mpt-oab-e-cnbb-reforma-trabalhista-viola-a-constituicao.shtml>>. Acesso em: 06 out. 2017.

MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**. Direito Individual do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 1986. v. 2.

NETTO. Antônio Delfim. Emprego. **Jornal do Comércio**, Porto Alegre/RS, publicação de 04 de outubro de 2017, Caderno Economia. Disponível em: <http://jcrs.uol.com.br/_conteudo/2017/10/economia/588944-opinioao-economica-emprego.html>. Acesso em: 06 out. 2017.

Agradecimentos ao Dr. Fábio Henrique Garcia Costa pela importante colaboração, não apenas no auxílio à formatação como também na melhor distribuição lógica e sequencial das ideias no trabalho.

O adimplemento substancial nas obrigações e contratos

Alexandre Santos Sampaio

Advogado no Distrito Federal

Assessor Jurídico do Banco do Brasil

Mestre em Direito pelo UnICEUB - Centro

Universitário de Brasília

Especialista em Direito Público pela Associação

Educacional Unyahna

Especialista em Direito Civil pela Universidade

Federal da Bahia

Bacharel em Direito pela Universidade

Católica de Salvador

Bacharel em Administração pela Universidade

do Estado da Bahia

RESUMO

O objetivo deste artigo é expor e avaliar a teoria denominada *substantial performance* (teoria do inadimplemento mínimo) nas relações obrigacionais e contratuais. É visto, valendo-se de doutrinas e jurisprudências sobre o tema, que a regra da obrigação, em sentido amplo, é a sua extinção total com o adimplemento pleno da relação jurídica travada. Todavia, em caso de adimplemento significativo, do ponto de vista qualitativo e quantitativo, não cabe romper o vínculo firmado, mas apenas outros efeitos jurídicos, como a cobrança ou o pleito de indenização por perdas e danos. Em alguns casos, como operações de crédito com alienação fiduciária ou dívidas de pensão alimentícia, todavia, a jurisprudência tende a não aplicar a aludida teoria. Concluiu-se que é necessário equilíbrio entre o desejo do credor em ter satisfeito o seu direito e o dever do devedor em honrar suas obrigações dentro da razoabilidade e sem coações desnecessárias.

Palavras-chave: Direito Civil. Contratos. Inadimplemento. Mínimo.

ABSTRACT

The objective of this article is to expose and evaluate the theory called *substantial performance* (theory of minimum default) in the contractual and contractual relations. It is seen, using doctrines and jurisprudence on the subject, that the rule of obligation, in a broad sense, is its total extinction with the

full adimplemento of the legal relationship waged. However, in the case of significant performance, from a qualitative and quantitative point of view, it is not necessary to break the established agreement, but only other legal effects, such as the collection or the claim for damages. In some cases, such as credit operations with fiduciary alienation or child support debts, however, case law tends not to apply the aforementioned theory. It has been concluded that a balance must be struck between the creditor's desire to have satisfied his right and the debtor's duty to honor his obligations within reason and without unnecessary constraints.

Keywords: Civil Law. Contracts. Noncompliance. Minimum.

Introdução

O propósito deste trabalho é o de analisar o adimplemento substancial, denominada de teoria da *substantial performance*, e seus reflexos nas relações obrigacionais e contratuais. Para tal intento, como metodologia, buscar-se-á percorrer o entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio sobre a matéria para aferir em que medida e em quais situações será possível cogitar aplicar a teoria do inadimplemento mínimo.

Dito isso, cumpre salientar que os sujeitos de direito, pessoas físicas e jurídicas, travam diversas relações obrigacionais e contratuais cujo objeto pode ser uma obrigação de dar, fazer ou não fazer. Seu fim natural, por assim dizer, é o seu adimplemento total, o cumprimento integral de todas as obrigações impostas na relação jurídica. É o atendimento do postulado *Pact Sunt Servanda*. Realizado o pacto obrigacional, os sujeitos se vinculam e devem se sujeitar às estipulações e ao objetivo traçado com a parte oposta, as prestações e contraprestações negociadas.

Nesse sentido, o jurista Paiva (2009, p. 3) leciona:

Todos os dias, pessoas – físicas ou jurídicas – vinculam-se umas às outras por intermédio de relações jurídicas, assumindo reciprocamente obrigações positivas (fazer ou dar) ou negativas (não fazer). E o fazem, destaque-se, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos. Assim surgem os negócios jurídicos. Essas obrigações assumidas têm um único destino normal e esperado, qual seja, o seu adimplemento. Assim, o artesão que se compromete a fazer uma escultura, deve entregá-la no prazo determinado; a construtora que vende um apartamento na planta, deve entregá-lo na forma e no termo previsto no contrato de compra e venda da unidade habitacional; o

empregado que tem contato com informações confidenciais (segredo industrial, por exemplo) da empresa em que trabalha e que assume o dever de guardar sigilo sobre as mesmas, deve abster-se de divulgá-las. Enquanto essas obrigações são devidamente observadas e cumpridas pelos contratantes, os negócios jurídicos formam-se, desenvolvem-se e se encerram de maneira saudável.

Entretanto, às vezes, nas obrigações e relações contratuais, há eventos diversos que impedem a total liquidação da obrigação, ficando, por vezes, parcela residual vencida de relativa menor importância, haja vista que a obrigação principal foi devidamente atendida. É o caso, por exemplo, de um empréstimo feneratício contratado em trinta e seis parcelas mensais e sucessivas em que o devedor tenha adimplido vinte e oito parcelas, mas, por um desemprego inesperado, tenha deixado de honrar as parcelas restantes. É observável neste caso que o devedor efetuou uma considerável amortização do empréstimo, tendo, ao menos, restabelecido ao credor o capital disponibilizado.

Desse modo, nesses casos, a jurisprudência inglesa, inicialmente, construiu a teoria da *substantial performance*, que parte do pressuposto de que, quando o valor principal tenha sido honrado, a obrigação pode ser revista ou até mesmo extinta, verificadas as circunstâncias que ocorreram o inadimplemento.

Vale advertir que a regra da obrigação é a sua extinção total com o adimplemento pleno da relação jurídica travada. O inadimplemento é uma irregularidade, uma mácula no pacto firmado. Tal teoria ora em análise trata-se de uma exceção e é comumente aplicada em fase posterior, quando o direito do credor se queda inerte no seu intento principal e, já em vias judiciais, o magistrado, analisando o caso em concreto, decide por aplicar a citada teoria para pôr fim à relação obrigacional ou revisá-la com condições novas com o intuito de ajustar a relação obrigacional à nova realidade fática.

Assim, o presente trabalho buscará traçar, sem pretensão de esgotar o tema, uma visão panorâmica das relações contratuais e obrigacionais e suas formas de extinção, bem como, em momento posterior, adentrará na teoria citada buscando responder às seguintes indagações: Em quais situações cabe aplicar a teoria do adimplemento substancial (também chamado de inadimplemento mínimo)? Quais são os reflexos nas relações contraídas? Tal teoria é compatível com o sistema jurídico vigente no Brasil?

1 As relações obrigacionais e contratuais

As relações jurídicas de cunho obrigacional ou contratual são firmadas entre sujeitos de direito com capacidade e legitimidade plena para contrair tal benesse ou encargo, pessoa física ou jurídica, com um objeto específico (dar, fazer ou não fazer), lícito, em geral a obrigação possui prazo certo para o seu adimplemento, estipulado em razão da vontade livre e consciente das partes envolvidas. É o que diz o artigo 104 do Código Civil:

Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
I - agente capaz;
II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
III - forma prescrita ou não defesa em lei.

É célebre a frase esculpida na obra literária *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare (1999, p. 38), traduzindo uma relação obrigacional daquela época:

Se for comigo ao notário e lá selar um compromisso simples que dirá que se não pagar em certo dia e local a soma mencionada na nota, a multa imposta fica arbitrada numa libra justa de sua carne alva, a ser cortada. E tirada da parte de seu corpo quando na hora da escolha me aprouver.

Em que pese a multa pelo atraso com sofrimento físico, uma libra da própria carne, ser inadmissível no nosso ordenamento pátrio, há uma série de elementos válidos na peça de Shakespeare: as formalidades, a autonomia privada, o compromisso entre as partes, o dia e local do pagamento e a possibilidade de multa por atraso no pagamento. Todos esses elementos são plenamente aplicáveis nas relações jurídicas obrigacionais e contratuais.

A teoria do inadimplemento mínimo foi concebida no direito contratual anglo-saxão, tendo como primeiro caso a disputa judicial travada entre Boone e Eyrem em 1779, de acordo com Tartuce (2015, p. 5), razão pela qual vale ressaltar que ele guarda distinções com o direito pátrio. Tratando sobre as relações contratuais norte-americanas, Almeida (2004, p. 5) realça o enfoque dado pelos tribunais do *common law*:

Conclui-se que, por ser o “common law” baseado primeiramente em decisões judiciais (“cases”) e não em lei, como ocorre nos países que adotam o “civil law”, dentre eles o Brasil, a matéria relativa a relação

contratual deve ser analisada de acordo com o prisma focado pelas cortes americanas, as quais mostram uma tendência forte em analisar os elementos subjetivos da relação contratual, ou seja, a intenção das partes quando feita a oferta e quando fora esta aceita, resguardando, sempre que possível, a obrigação das partes, as quais possuem o dever de agir com boa-fé e velar pela segurança da relação contratual.

Do exposto, verifica-se que o direito pátrio, descendente do direito romano, privilegia o formalismo e a análise jurídica. Inicialmente, focava-se unicamente no texto obrigacional firmado, o princípio do *pacta sunt servanda*, em que as partes eram escravas dos pactos firmados. Já com a influência do direito norte-americano, ocorreu um gradativo repensar dos institutos culminando na positivação de diversos institutos no Código Civil de 2002. Houve um olhar mais atento ao interesse, à intenção das partes ao firmar eventual contrato, bem como a princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

2 O inadimplemento obrigacional

O adimplemento da obrigação se aperfeiçoa com o pagamento, que, nos dizeres de Coelho (2012, p. 221), é possível afirmar que pagamento, mais do que o cumprimento de uma obrigação pecuniária, a entrega de dinheiro, pode significar o cumprimento de obrigação de qualquer modalidade, ou seja, quando se diz que houve o pagamento se engloba qualquer adimplemento, seja a obrigação pecuniária, dar, fazer ou não fazer a que corresponde a prestação.

O conceito oposto, por sua vez, a inadimplência, de acordo com o Dicionário Aurélio (2004, p. 468), é a “falta de cumprimento de um contrato ou de qualquer de suas condições”.

Tal conceito, apesar de não estar incorreto, mostra-se incompleto do ponto de vista jurídico. O bojo da obrigação ou do negócio jurídico reside no cumprimento do que fora avençado. Não cumpriu, em sentido amplo, verifica-se a inadimplência, o descumprimento de um dever obrigacional ou contratual inicialmente pactuado.

Ocorre que, à luz do direito civil-constitucional, a relação não é travada apenas dentro dos ditames obrigacionais e contratuais internos: há deveres anexos, como a boa-fé, a ética e a função social do contrato.

Nesse sentido, os professores Farias e Rosenvald (2006, p. 336) explicam:

Para além das obrigações delineadas por seus partícipes, o negócio jurídico é modelado, em toda a sua trajetória, pelos chamados deveres anexos ou laterais, oriundos do princípio da boa-fé objetiva. Enquanto as obrigações principais são dadas pelas partes, os deveres anexos são impostos pelas necessidades éticas reconhecidas pelo ordenamento jurídico, independentemente de sua inserção em qualquer cláusula contratual.

O inadimplemento é tratado por muitos doutrinadores como uma patologia do negócio jurídico ou obrigacional, como se observa no comentário de Siqueira (2009, p. 4):

Estudar, pois, a figura jurídica do inadimplemento das obrigações é perscrutar o terreno doentio do negócio jurídico, no que o jurista muito se aproxima do médico: pesquisa as causas da doença, conhece seus efeitos e busca a cura. E o mais curioso: assim como o médico normalmente é consultado quando a doença já se instalou, também se busca o jurista quando a patologia negocial se manifesta.

Dessa forma, constata-se o inadimplemento interno, no bojo da relação obrigacional ou contratual que se caracteriza pelo descumprimento do que fora avençado, e o inadimplemento externo, fruto da inobservância dos princípios civil-constitucionais norteadores das relações jurídicas, quais sejam, a boa-fé, a eticidade e a função social.

Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 397) esclarecem que o inadimplemento no âmbito contratual, mesmo sem uma cláusula que preveja a resolução do pacto, dar-se-á ensejo ao pedido de rompimento do negócio, sem prejuízo das perdas e danos decorrentes. Senão, vejamos:

Assim, nos contratos bilaterais, mesmo não havendo cláusula que preveja a resolução da avença em caso de inadimplemento (acontecimento futuro e incerto), se uma das partes não cumprir a sua obrigação, poderá a outra pleitear a dissolução do negócio, cumulada com perdas e danos, exigindo-se-lhe, todavia, antes do ajuizamento da ação principal, a interposição judicial do inadimplente.

Por sua vez, pode-se citar como exemplo de boa-fé e transparência o dever do vendedor de um estabelecimento empresarial de informar eventuais pendências financeiras ou tributárias que acompanham o acervo patrimonial que possa inferir na decisão do comprador de celebrar ou não o negócio. A tentativa

de acobertar tais dívidas, de maneira maliciosa, pode levar, em que pese o contrato de compra e venda venha a estar em perfeita conformidade com a ordem jurídica vigente, a sua anulação por quebra do dever lateral de informação e boa-fé entre as partes.

Além disso, a relação clássica obrigacional ficava adstrita às partes envolvidas. Atualmente, há um terceiro interveniente: a sociedade e o seu interesse no negócio. Desse modo, o negócio pode estar perfeito entre as partes, mas se a função social não é atendida, tal relação pode ser revista pelo juiz, pois haveria um inadimplemento para com a sociedade, conforme preceitua o jurista Catalan (2008, p.3):

Aliás, a necessidade de observância da função social do contrato, expressamente inserida no texto do atual Código Civil, sob as vestes de cláusula geral, demonstra a preocupação do legislador em proteger a coletividade, concedendo ao magistrado, efetivo poder jurígeno quando da aplicação da norma ao caso concreto. Pode concluir-se então que não seria válido o pacto firmado com finalidade anti-social, ferindo assim interesse protegido pela Lei maior, considerando-se o negócio jurídico assim contratado, ato jurídico *latu sensu* passível de ser revisto, ante a ofensa aos interesses sociais previstos na Constituição.

Vale ressaltar também que existe uma gradação do inadimplemento que perpassa pelo absoluto (total ausência de cumprimento do que fora avençado) até o ínfimo (de diminuta importância para a relação contratual como um todo), sendo esse último o foco do presente trabalho, pois não há que se falar em aplicação da teoria da *substantial performance* quando a inadimplência é relevante, seja no sentido quantitativo quanto qualitativo, para o negócio firmado.

Do exposto, depreende-se que a inadimplência no cenário atual é bem abrangente, podendo atingir diversas fases da relação jurídica firmada, razão pela qual a teoria do inadimplemento mínimo não deve se restringir apenas à relação contratual formalmente subscrita, mas ao negócio jurídico como um todo.

3 A teoria da *substantial performance*

Tratando do início da aplicação da teoria do inadimplemento mínimo, primeiramente na Inglaterra, a jurista Lima (2007, p. 6) explica:

A doutrina do adimplemento substancial teve sua origem em 1779, nos tribunais ingleses, com o caso *Boone versus Eyre* (OMAIRI, 2005), no qual o Julgador da questão, Lord Mansfield, declarou ser o direito de resolução, naquela situação, abusivo, permitindo apenas a indenização, já que o contrato havia sido adimplido substancialmente. No Brasil, o responsável por introduzir a doutrina da substancial performance foi o jurista Clóvis do Couto e Silva, fundamentando a sua utilização em decorrência do princípio da boa-fé objetiva, embora este ainda não fosse expresso no Código Civil de 1916. A sua definição desta doutrina foi reproduzida por Jones Figueiredo Alves (2005, p.408), a qual seria “Um adimplemento tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo tão-somente o pedido de indenização e/ou de adimplemento, vez que aquela primeira pretensão viria a ferir o princípio da boa-fé.”

A mesma autora revela a não positivação da teoria no nosso direito pátrio e sua relação próxima com a boa-fé objetiva:

Mister ressaltar que, embora já largamente adotada pela jurisprudência brasileira, a doutrina do adimplemento substancial não estava expressa no Código Civil de 1916, e também não foi positivada no Código Civil de 2002. Porém, sua aplicação ganhou uma base mais sólida com o implemento da boa-fé objetiva no art. 422, já que ambos os institutos estão estritamente relacionados.

Tartuce (2015, p.8) registra que, com o adimplemento significativo do que foi inicialmente acordado, por essa teoria, na hipótese, por exemplo, quando o contrato tiver sido quase todo cumprido e a mora considerada insignificante, não caberá sua extinção, mas apenas outros efeitos jurídicos, como a cobrança ou o pleito de indenização por perdas e danos.

Deveras, a princípio, se um contrato é quase todo cumprido, mas, por algum motivo, parte pequena resta inadimplida, descabe uma solução severa, como a resolução integral do pacto, quando for possível, por outros meios, como a cobrança ou indenização por perdas e danos resolver a falta de uma das partes. Não se pode olvidar, afinal, que, mesmo em uma execução judicial de dívida integral, deve-se buscar, com fulcro no art. 805 do Código de Processo Civil, o meio menos gravoso para o executado. Se mesmo em tal situação, deve-se buscar uma solução menos gravosa, mais razão ainda tem a manutenção de um contrato com inadimplência reduzida.

A jurisprudência enfrenta o tema a contento, a despeito de inexistir legislação específica tratando sobre tal teoria. É o que se verifica no REsp 272739/MG, DJ 02/04/2001, p. 299, com Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Ementa: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.

O citado ministro-relator ponderou, em seu voto, demonstrando a plena aplicabilidade do instituto da teoria do inadimplemento mínimo ao sistema jurídico brasileiro, relacionando com a boa-fé contratual:

A extinção do contrato por inadimplemento do devedor somente se justifica quando a mora causa ao credor dano de tal envergadura que não lhe interessa mais o recebimento da prestação devida, pois a economia do contrato está afetada. Se o que falta é apenas a última prestação de um contrato de financiamento com alienação fiduciária, verifica-se que o contrato foi substancialmente cumprido e deve ser mantido, cabendo ao credor executar o débito. Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato para resolver o negócio significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva, pois não é eticamente defensável que a instituição bancária alegue a mora em relação ao pagamento da última parcela, esqueça o fato de que o valor do débito foi depositado em juízo e estava à sua disposição, para vir lançar mão da forte medida de reintegração liminar na posse do bem e pedir a extinção do contrato. O deferimento de sua pretensão permitiria a retenção dos valores já recebidos e, ainda, obter a posse do veículo, para ser revendido

nas condições que todos conhecemos, solução evidentemente danosa ao financiado.

É observável, no caso em tela, a atitude abusiva do credor ao tentar constranger o bem alienado fiduciariamente, tendo o devedor pago quase a totalidade do financiamento. Deve-se buscar sempre um ponto de equilíbrio entre o direito do credor em ter seus créditos satisfeitos e o do devedor de não sofrer condutas abusivas por parte do seu credor. Acertadamente, o ministro afastou a constrição judicial mais penosa ao devedor, mas também não excluiu o direito creditório, deixando aberta a possibilidade da cobrança ordinária do saldo residual pendente.

É nesses casos que a teoria da *substantial performance* deve incidir, diferentemente do inadimplemento total ou parcial da dívida que emergem ao credor todas as possibilidades possíveis para, lícitamente, buscar a satisfação do seu crédito. Nesse sentido, Figueiredo (2005, p. 407):

-Inadimplemento relativo: este se configura quando o cumprimento da obrigação ainda é possível, embora seja tardio.

-Inadimplemento absoluto: ocorre quando o descumprimento da obrigação contratada inviabiliza qualquer forma de manutenção posterior do contrato, restando apenas a sua resolução e indenização.

-Inadimplemento insignificante: este ocorre quando o descumprimento do contrato atinge proporções mínimas, de tal modo que não chega a afetar os efeitos esperados pelo contrato.

Assim, diante de um inadimplemento insignificante, o contrato não chega a ser afetado na sua estrutura primordial, descabendo a sua resolução total ou a constrição mais gravosa ao devedor.

Deve-se ressaltar que a boa-fé é uma via de mão dupla: tanto o devedor quanto o credor devem observá-la; de igual sorte, a eticidade, a conduta proba, que deve permear as relações contratuais e obrigacionais existentes.

Sobre o tema, o Enunciado nº 361 da IV Jornada de Direito Civil estabelece que “o adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475”.

Vê-se, portanto, que, ainda que não exista uma previsão legal explícita sobre a teoria da *substantial performance* no direito pátrio, os princípios que regem as relações, notadamente a

boa-fé objetiva e a função social do contrato, servem de baliza para a atuação das partes e para a análise da possibilidade, ou não, de manter a relação contratual, nos termos do art. 475 do Código Civil, o qual preceitua, em síntese, que, caso não se resolva, por impossibilidade ou conveniência, a relação obrigacional ou contratual, caberá exigir o cumprimento e, em qualquer dos casos, será possível cogitar perdas e danos em decorrência da inadimplência verificada.

Sobre o tema, Araújo (2017, p. 4) pondera que a regra é a obediência ao princípio do *pacta sunt servanda*, mas se os requisitos para a aplicação da teoria do inadimplemento mínimo estiverem presentes no caso concreto de inadimplência do devedor, cabe a sua aplicação:

A doutrina da *substantial performance* é uma dentre várias significativas limitações à liberdade contratual; notadamente por retirar, do prejudicado, o direito de optar pela resolução do contrato, ainda que da avença tenha constado a cláusula resolutiva. Assim, importa que a teoria do inadimplemento substancial seja usada com cautela, isto é, para casos em que realmente for indicada, garantindo-se, por outro lado, prestígio ao princípio *pacta sunt servanda*. Cautela, entretanto, não quer dizer parcimônia. Em suma, que se use sempre que possível a doutrina da “*substantial performance*”, desde que acertadamente. Não há motivo para assombro, pois, a teoria já está inserida na prática forense brasileira.

Vale enfatizar também que não há uma estipulação quantificativa do que seja um inadimplemento insignificante. O ministro do Superior Tribunal de Justiça Ruy Rosado, corroborando com o tribunal *a quo* de Santa Catarina, já decidiu outoramente que o valor do saldo devedor correspondente a 20 por cento do valor do bem financiado não autorizaria a sua retomada (Resp 469577 / SC, DJ 05/05/2003 p. 310). É necessária a análise casuística de cada relação contratual inadimplente para se verificar se o saldo devedor é representativo ou não para a eventual aplicação do princípio *substantial performance*.

Nesse sentido, leciona Tartuce (2015, p. 5) sobre a necessidade de não só observar o critério quantitativo de cumprimento da avença, mas também a qualidade do inadimplemento, o que afasta a aplicação da teoria do inadimplemento substancial em caso de abuso de direito da parte inadimplente que, de maneira reiterada, purga a mora:

A análise do adimplemento substancial não deve ser meramente quantitativa, levando-se em conta somente o cálculo matemático do montante do cumprimento do negócio. Deve-se considerar também o aspecto qualitativo, afastando-se a sua incidência, por exemplo, em situações de moras sucessivas, purgadas reiteradamente pelo devedor, em claro abuso de direito.

Em sua ótica, Tartuce (2015, p. 5), com amparo na doutrina italiana, entende que a aplicação da teoria da *substantial performance* deve passar por dois filtros, um objetivo e outro subjetivo, sendo o primeiro uma medida econômica do descumprimento, e o segundo perpassa pela análise do comportamento das partes no processo contratual, pois, de fato, se há abuso de direito no uso da teoria em comento, ainda que quantitativamente o objeto tenha sido significativamente cumprido, a sua incidência ao caso concreto resta prejudicada e pode e deve ser afastada.

Por outro lado, cabe destacar também que a aplicação da teoria da *substantial performance* não pode inverter a regra do integral cumprimento da obrigação. Por isso, é necessário que se obedeçam alguns requisitos para a sua aplicação no caso concreto, como bem pontuado pelo Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, no Resp 1581505/SC (Quarta Turma. DJe 28/09/2016):

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO CONTRATUAL. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. INADIMPLEMENTO. RELEVÂNCIA. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. INAPLICABILIDADE NA ESPÉCIE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações.

2. Ressalvada a hipótese de evidente relevância do descumprimento contratual, o julgamento sobre a aplicação da chamada “Teoria do Adimplemento Substancial” não se prende ao exclusivo exame do critério quantitativo, devendo ser considerados outros elementos que envolvem a contratação, em exame qualitativo que, ademais, não pode descurar dos interesses do credor, sob pena de afetar o equilíbrio contratual e inviabilizar a manutenção do negócio.

3. A aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial exigiria, para a hipótese, o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas

legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários (critérios adotados no Resp. 76.362/MT, QUARTA TURMA, j. Em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917).

4. No caso concreto, é incontroverso que a devedora inadimpliu com parcela relevante da contratação, o que inviabiliza a aplicação da referida doutrina, independentemente da análise dos demais elementos contratuais.

5. Recurso especial não provido.

Cabe registrar, também, que o STJ não tem admitido a aplicação da teoria do adimplemento significativo quando a situação fática é relacionada à alienação fiduciária, regida pelo Decreto-Lei 911/69. Vejamos o entendimento esposado pela 2ª Seção, no. REsp 1.622.555-MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 22/2/2017:

1. A incidência subsidiária do Código Civil, notadamente as normas gerais, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela lei especial (Art. 1.368-A, introduzido pela Lei nº 10931/2004).

1.1 Além de o Decreto-Lei nº 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. Em seus termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso — desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável —, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. Compreensão diversa desborda, a um só tempo, do

diploma legal exclusivamente aplicável à questão em análise (Decreto-Lei nº 911/1969), e, por via transversa, da própria orientação firmada pela Segunda Seção, por ocasião do julgamento do citado Resp nº 1.418.593/MS, representativo da controvérsia, segundo a qual a restituição do bem ao devedor fiduciante é condicionada ao pagamento, no prazo de cinco dias contados da execução da liminar de busca e apreensão, da integralidade da dívida pendente, assim compreendida como as parcelas vencidas e não pagas, as parcelas vincendas e os encargos, segundo os valores apresentados pelo credor fiduciário na inicial.

3. Impor-se ao credor a preterição da ação de busca e apreensão (prevista em lei, segundo a garantia fiduciária a ele conferida) por outra via judicial, evidentemente menos eficaz, denota absoluto descompasso com o sistema processual. Inadequado, pois, extinguir ou obstar a medida de busca e apreensão corretamente ajuizada, para que o credor, sem poder se valer de garantia fiduciária dada (a qual, diante do inadimplemento, conferia-lhe, na verdade, a condição de proprietário do bem), intente ação executiva ou de cobrança, para só então adentrar no patrimônio do devedor, por meio de constrição judicial que poderá, quem sabe (respeitada o ordem legal), recair sobre esse mesmo bem (naturalmente, se o devedor, até lá, não tiver dele se desfeito).

4. A teoria do adimplemento substancial tem por objetivo precípua impedir que o credor resolva a relação contratual em razão de inadimplemento de ínfima parcela da obrigação. A via judicial para esse fim é a ação de resolução contratual. Diversamente, o credor fiduciário, quando promove ação de busca e apreensão, de modo algum pretende extinguir a relação contratual. Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada.

4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas — mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que

já cumpriu integralmente a sua obrigação —, e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada.

4.2. A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.

5. Recurso Especial provido.

É observável, portanto, que não é toda e qualquer obrigação ou contrato substancialmente cumprido que irá se servir da teoria da *substantial performance*, pois, a depender do tipo de dívida, como é o caso anteriormente exposto, envolvendo a alienação fiduciária de bens, que, por expressa disposição do Decreto-Lei 911/69, é autorizada a ação de busca e apreensão. Nesse caso, milita a favor do credor fiduciário entendimento de que o devedor inadimplente não pode se valer da teoria do adimplemento substancial para tentar se esquivar da ação de busca e apreensão.

Analisa-se também o entendimento do TJDFT sobre o tema no Acórdão nº 1078964, de relatoria do Desembargador James Eduardo Oliveira, da 4ª Turma Cível, (data de julgamento: 7/2/2018):

Todavia, a teoria do inadimplemento mínimo ou do adimplemento substancial (*substantial performance*) só pode ser aplicada nas hipóteses em que o devedor descumpra parte mínima ou insignificante do acervo obrigacional.

Em se tratando de alienação fiduciária em garantia, como na espécie, não parece apropriado reconhecer que o pagamento de aproximadamente 58,33% da dívida possa ser reputado adimplemento substancial, com a devida vênia.

O inadimplemento de quase a metade do débito tem impacto expressivo no equilíbrio contratual e não pode inibir a excussão da garantia do empréstimo por meio da busca e apreensão do veículo alienado fiduciariamente.

É de se ter presente que a incidência da cláusula resolutiva expressa, com a consequente possibilidade de o credor se investir na posse direta do bem que lhe pertence, constitui mecanismo de fortalecimento do crédito e de preservação da higidez do sistema financeiro como um todo.

Toda a engenharia econômica e jurídica dos contratos de alienação fiduciária está lastreada na garantia proporcionada pela preservação da propriedade fiduciária do veículo, que pode ser recuperado em caso de inadimplência mediante a ação de busca e apreensão disciplinada pelo Decreto-Lei 911/69.

O sistema jurídico delineado no Decreto-Lei 911/69, voltado à estimulação da concessão de crédito para a aquisição de veículos automotores, seria seriamente atingido caso fosse juridicamente viável admitir que o pagamento de parte expressiva do financiamento simplesmente desconstituiria a propriedade fiduciária que a norma atribui ao credor fiduciário, privando-o do acesso aos mecanismos prontos e efetivos para a recuperação do capital despendido.

Depreende-se que, no caso citado anteriormente, além da avaliação quantitativa do adimplemento, que não foi deveras significativa, eis que atingiu pouco mais da metade da dívida, também prevaleceu o entendimento de que, na alienação fiduciária, é admissível a busca e apreensão do bem do devedor inadimplente. Em tais operações bancárias, com alienação fiduciária, é dada ao credor uma ferramenta célere e efetiva para recuperar o capital despendido, a busca e apreensão do bem, sendo descabida a utilização da *substantial performance* para privilegiar o devedor em detrimento do credor.

Tal entendimento dos Tribunais não impede que, em um caso com grande inadimplência, por hipótese restando apenas uma parcela não paga, seja admitida, excepcionalmente, a aplicação da teoria da *substantial performance*, pois se apenas uma parcela não foi adimplida, seria desproporcional e irrazoável valer-se de uma ferramenta muito agressiva, apesar de eficiente, a busca e apreensão, para cobrar um valor pequeno. Nessa situação, repita-se, excepcional, caberia cogitar medidas menos gravosas, com apoio na teoria em análise, tais como uma ação de cobrança judicial. Nessa esteira, foi como entendeu o TJDFT, no Acórdão nº 1052792, de relatoria da Desembargadora Silva Lemos, da 5ª Turma Cível (data de julgamento: 20/9/2017), em um caso com grande pagamento da obrigação:

Aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial aos contratos garantidos por alienação fiduciária.

ria – pagamento de 90% ou mais das parcelas pactuadas

1. Para a aplicação da Teoria do Adimplemento Substancial é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: a) a existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; b) o pagamento faltante há de ser ínfimo em se considerando o total do negócio; c) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários.

2. Só é crível falar em boa-fé, coerência e razoabilidade entre os contratantes, para o fim de ser aplicada a teoria do adimplemento substancial, em sede de contratos de alienação fiduciária de veículo, no caso de haver o adimplemento de 90% (noventa por cento) ou mais das parcelas pactuadas.

Não obstante essa decisão judicial definir um percentual de adimplência aceitável, apesar de salutar, ressalta-se que não há um limite específico de adimplemento, um percentual fixo, eis que depende das circunstâncias e peculiaridades do caso concreto. Outrossim, a jurisprudência do STJ, além da hipótese de dívida em operação de crédito com alienação fiduciária, nem sempre admite de modo pacífico a aplicação da teoria da *substantial performance*. Em pensão alimentícia, por exemplo, em um caso que o devedor adimpliu noventa e cinco por cento da sua obrigação, foi afastada a teoria do adimplemento substancial da dívida e denegada a ordem de *habeas corpus* ao argumento de que “a subtração de pequeno percentual pode mesmo ser insignificante para um, mas possivelmente não para outro mais necessitado”. (HC 439.973, 4ª Turma do STJ, Relator para o Acórdão Antonio Carlos Ferreira, julgamento em: 16/08/2018.)

É oportuno, também, citar outro princípio que se relaciona ao ora em estudo: *Duty to mitigate the loss*. Tal princípio diz que é um dever do credor mitigar suas perdas. Assim, por exemplo, se o devedor já adimpliu boa parte do seu débito, e os encargos incidentes no saldo devedor (multas, juros, etc.) estiverem inviabilizando o seu adimplemento, cabe ao credor reduzi-lo no intuito de minorar suas eventuais e possíveis perdas. Nesse sentido, o enunciado 169 da jornada de Direito Civil dispõe: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.

Há de se ressaltar, por derradeiro, que a aplicação desse instituto vai ao encontro do princípio da preservação das relações contratuais, pois o mero inadimplemento mínimo não deve ge-

rar a ruptura do vínculo negocial. Nesse sentido e de forma bastante pertinente, a jurista Bueno (2007, p. 3), tratando sobre a teoria em comento, realça a sua “importância para o direito contratual, já que possibilita a preservação da relação negocial mesmo quando a legislação, tecnicamente, permitiria a sua resolução”.

Conclusão

Da exposição realizada, conclui-se que as relações jurídicas obrigacionais e contratuais nascem da vontade livre de agentes capazes, em busca de um objeto lícito, contraindo direitos e obrigações. O transcurso normal da obrigação leva sua extinção pelo adimplemento. Essa é a regra esculpida no postulado do *pacta sunt servanda* e deve ser observada nas relações obrigacionais e contratuais entre as partes.

Entretanto, por eventos estranhos à relação, nem sempre é possível seu adimplemento integral, mas por vezes, também, grande parte da avença foi cumprida. Daí emerge a teoria da *substantial performance* no intuito de evitar o rompimento abrupto da relação, buscando conservar o contrato e suas derivações, e com a finalidade também de resguardar o devedor que cumpriu boa parte da obrigação.

A sua utilização, a despeito de não existir uma disposição legal expressa, é realizada no seio jurisdicional, com apoio na doutrina e nos princípios gerais do Direito, em especial a função social do contrato e a boa-fé objetiva. A teoria do adimplemento substancial assemelha-se a uma cláusula geral, dando ampla possibilidade interpretativa para o juiz realizar o direito ao caso concreto definindo sua amplitude. Contudo, cabem ao magistrado comedimento e razoabilidade ao empregar tal instituto, pois, como visto, trata-se de exceção à regra, e o uso arbitrário pode ocasionar insegurança jurídica, outra patologia jurídica pior do que o próprio inadimplemento.

Em que pese, como dito, a sua não normatização expressa no ordenamento jurídico pátrio, é observável que a presente teoria com ele é plenamente compatível e amplamente, conforme exposto, utilizada na jurisprudência nacional, ressalvados alguns casos, tais como operações bancárias com alienação fiduciária e dívida de pensão alimentícia.

Nesse sentido, tratando sobre a teoria do inadimplemento mínimo, a jurista Bueno (2007, p. 9) pondera:

Portanto, pode-se afirmar que a substancial performance é a prova da relativização do direito do credor

estipulado no art. 475 do Código Civil. Embora não esteja presente no Ordenamento Jurídico brasileiro como uma lei expressa, a jurisprudência se encarregou de consolidar esta teoria, podendo ela servir como um instrumento de defesa para a parte devedora sempre que esta tenha cumprido grande parte de suas obrigações e não queira ver sua pretensão frustrada sem uma real necessidade.

O que emerge de tudo que fora exposto é a necessidade de equilíbrio entre o desejo do credor em ter satisfeito o seu direito e o dever do devedor em honrar suas obrigações dentro da razoabilidade e sem coações desnecessárias, quando o mesmo já adimpliu, de forma densa, boa parte da sua dívida.

Referências

- ALMEIDA, Juliana Salles. **Breves considerações sobre o direito contratual americano e a formação dos contratos à luz do Common Law**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 405, 16 ago. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5574>>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. **Apontamentos sobre a teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Migalhas, 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI252440,91041-Apontamentos+sobre+a+teoria+do+adimplemento+substancial>>. Acesso em: 09 out. 2018.
- CATALAN, Marcos Jorge. **O poder jurígeno dos sujeitos de direito**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/11197/9957>>. Acesso em: 14 ago. 2018.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Volume 2: obrigações. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coord). **Novo Código Civil**: questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos. São Paulo: Método, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Ed. LumenJures, 2006.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6ª ed. Curitiba: Positivo, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Volume 1: parte geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LIMA, Aliciene Bueno Antochaves de. **A teoria do adimplemento substancial e o princípio da boa fé objetiva**. Revista eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, v. 2, n. 2, p. 75-84, jul. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6796>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAIVA, Lúcio Flávio Siqueira de. **O inadimplemento absoluto, a mora e a violação positiva do contrato**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, nº 2206, 16 jul. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13162>>. Acesso em: 14 ago. 2018.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SHAKESPEARE. Willian. **O mercado de Veneza**. Rio de Janeiro: Lacerda, 1999.

TARTUCE, Flávio. **A teoria do adimplemento substancial na doutrina e na jurisprudência**. São Paulo: jusbrasil.com.br, 2015. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/180182132/a-teoria-do-adimplemento-substancial-na-doutrina-e-na-jurisprudencia>>. Acesso em: 09 out. 2018.

Regulação bancária e securitária: uma breve análise comparativa à luz de novos desafios regulatórios intersetoriais

Eduardo Araujo Bruzzi Vianna

*Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro
Pós-Graduado em Direito Societário e Mercado de Capitais – LL.M FGV Direito Rio
Mestrando em Direito da Regulação – FGV Direito Rio*

RESUMO

O presente artigo apresenta um breve estudo comparativo entre a regulação bancária e a regulação securitária, abordando os seus pontos de convergência, bem como suas principais diferenciações, à luz de seus desenhos institucionais e regimes normativos, dos novos contornos da regulação prudencial e sistêmica e dos desafios advindos do surgimento de novas tecnologias em ambos os setores.

Palavras-chave: Direito Regulatório. Regulação bancária e securitária. Análise setorial comparativa. Novos desafios.

ABSTRACT

This article presents a brief comparative study between banking regulation and insurance regulation, addressing its points of convergence, as well as its main differentiations, in light of its institutional designs and legal regimes, the new contours of prudential and systemic regulation and the challenges imposed by new technologies in both sectors.

Keywords: Regulatory Law. Banking and insurance regulation. Comparative sector analysis. New challenges.

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo apresentar uma análise comparativa da regulação dos setores bancário e securitário brasileiros, mediante o estudo de alguns aspectos relevantes desses dois subsistemas regulados, explorando e pormenorizando suas eventuais semelhanças e diferenças.¹

A primeira seção abordará o regime normativo e o desenho institucional dos setores bancário e securitário. Em seguida, na segunda seção, a regulação prudencial e o risco sistêmico serão analisados. Na terceira e última seção, a relação entre novas tecnologias e regulação será enfrentada, bem como os desafios daí decorrentes.

1 Regime normativo e desenho institucional

O sistema financeiro nacional possui sede constitucional no artigo 192 da CRFB/88. Tal dispositivo estabelece, entre outras (tem como evitar essa palavra? Sugestão: entre outros aspectos), que tal sistema deve sofrer regulação estatal, tendo em vista o desenvolvimento equilibrado do país e os interesses da coletividade.

O sistema financeiro nacional engloba o disciplinamento jurídico apto a regular as instituições financeiras de crédito, bem como todas as entidades congêneres, como, por exemplo, seguradoras, entes de previdência privada e de capitalização (FIGUEIREDO, 2010, p. 282).

As instituições financeiras e as sociedades seguradoras exercem atividade privada de interesse público (ou atividade privada regulamentada), haja vista se tratar de uma atividade que sofre regulamentação específica, setorial e funcionalizada, estando sujeita a uma permanente e incisiva regulação estatal (ARAGÃO, 2007).

São atividades da iniciativa privada para as quais a lei, face à sua relação com o bem-estar da coletividade e/ou por gerarem desigualdades e assimetrias informativas para os usuários, exige autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo ainda a sua contínua sujeição à regulação do poder público autorizante, através de um ordenamento jurídico setorial (ARAGÃO, 2007, p. 191-192).

O sistema bancário e de crédito possui sua disciplina jurídica estabelecida precipuamente na Lei nº 4.595/64, tendo como ente normativo o Conselho Monetário Nacional (CMN), cabendo-lhe determinar todas as diretrizes de atuação do setor financeiro. O Banco Central, por sua vez, é o ente supervisor e regula-

¹ Artigo apresentado no âmbito do Programa de Mestrado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio na disciplina “Estado e Mercado: a regulação estatal sobre atividades econômicas essenciais”, ministrada pelo Prof. Floriano de Azevedo Marques Neto.

dor (art. 9º, da Lei nº 4.595/64), competindo-lhe, entre outras atribuições, a fiscalização de todas as atividades de intermediação financeira no país (SILVA, 2006, p. 26).

O setor securitário, por seu turno, possui sua disciplina jurídica estabelecida precipuamente no Decreto-Lei nº 73/66, tendo como ente normativo o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), com atribuições normativas semelhantes às das do CMN, ou seja, com competência privativa para fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados. A Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), também espelhando o papel desempenhado pelo Banco Central no mercado bancário, é o ente supervisor e regulador, cabendo-lhe, entre outras atribuições, a fiscalização de todas as atividades de seguro privado no país.

Constata-se, portanto, a existência de um desenho institucional semelhante entre os dois setores, com origem constitucional em comum no artigo 192 da CRFB/88, bem como com entes normativos e reguladores contendo atribuições muito parecidas.

Ainda no campo das similitudes, verifica-se que a estrutura normativa piramidal dos setores bancário e securitário em muito se assemelha.

O Conselho Monetário Nacional (CMN), órgão integrante do Ministério da Fazenda, é dotado de funções normativas, responsável pela formulação de políticas públicas do sistema bancário, creditício e cambial (ERLING, 2015, p. 349-350).

O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), órgão também integrante do Ministério da Fazenda, é dotado de funções normativas muito similares às do CMN, responsável, contudo, pela formulação de políticas públicas do sistema de seguros privados (ERLING, 2015, p. 378-379).

Cabe, portanto, tanto ao CMN como à CNSP, a edição de atos normativos regulatórios dentro do seu âmbito setorial.

O Banco Central (BACEN), por sua vez, no setor bancário, nos termos da Lei nº 4.595/64, é o principal executor das políticas públicas estabelecidas pelo CMN, além de, entre outras atribuições, lhe caber o exercício da fiscalização bancária, incluindo-se aí o poder sancionatório. É o BACEN o ente regulador do mercado bancário.

Já no setor de seguros privados, cabe à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) o papel de ente regulador do mercado securitário, responsável, também, pela execução das políticas públicas emanadas do CNSP, além de ter competência sancionatória sobre os agentes do setor regulado.

Entretanto, em relação à autorização para funcionamento, é preciso salientar uma importante diferença entre os respectivos setores.

O artigo 174 da CRFB/88 estabelece o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. O artigo 192 da CRFB/88, por seu turno, estabelece a regulação estatal do Sistema Financeiro Nacional, uma vez que o mesmo deve ser estruturado visando à promoção do desenvolvimento equilibrado do país e voltado aos interesses da coletividade. Por fim, o artigo 170, parágrafo único, da CRFB/88, dispõe sobre a liberdade de exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A necessidade de autorização estatal para exercer atividade econômica é, portanto, uma exceção que deve estar prevista em lei.

Uma dessas exceções pode ser encontrada na Lei nº 5.495/64, em seu artigo 10, inciso X, alínea 'a', que determina a competência do Banco Central para conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam funcionar no país.

A exigência de autorização estatal prévia para funcionamento de instituições financeiras é uma medida adotada pela grande maioria dos países, tratando-se, inclusive, de uma das recomendações do GAFI – Grupo de Ação Financeira, órgão intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo (BALTAZAR, 2015, p. 670).

No setor securitário, entretanto, nos termos do Decreto-Lei nº 73/66, não compete à SUSEP a concessão de autorização de funcionamento de sociedades seguradoras. Nos termos do artigo 36, alínea 'a', do referido decreto-lei, cabe ao referido órgão, ao processar os pedidos de autorização, emitir manifestação meramente opinativa, encaminhando-os ao final ao CNSP.

Constata-se, desse modo, que as atividades bancária e securitária, embora franqueadas à livre iniciativa, necessitam de prévia autorização estatal para que possam iniciar seu funcionamento.

(Porém), dentro do desenho institucional traçado para cada um dos setores, o ente responsável por conceder autorizações de funcionamento difere de um setor para o outro, uma vez que, na área bancária, cabe ao Banco Central decidir a respeito do tema, enquanto que, na área de seguros privados, a SUSEP emite parecer meramente opinativo, cabendo a palavra final ao CNSP.

Conclui-se, assim, que, em relação ao regime normativo e ao desenho institucional, os setores bancário e securitário possuem características extremamente similares, apresentando, contudo, certas peculiaridades que os diferenciam.

2 Regulação prudencial e risco sistêmico

A regulação estatal incidente sobre o sistema financeiro nacional se justifica em decorrência das próprias características da atividade econômica que é explorada neste ambiente setorial, assim como dos riscos que lhe são inerentes.

Isso porque um sistema financeiro forte e estável repercute diretamente no desenvolvimento econômico das nações. Por conta disso, a regulação estatal se faz necessária, de forma a fiscalizar o seu bom funcionamento e prevenir ou remediar eventuais falhas de mercado (PORTO, 2014, p. 72-73).

Tradicionalmente, o sistema financeiro é um setor fortemente regulado, não apenas no Brasil, mas também na grande maioria dos países. Isso porque as possíveis consequências advindas de uma crise no sistema financeiro, em especial o bancário e o securitário, são extremamente graves.

Procura-se, com isso, evitar a ocorrência de eventos sistêmicos que possam desencadear um efeito contaminante para todo o mercado. Daí por que o setor financeiro, comumente, sofre regulação estatal mediante mecanismos de supervisão prudencial. Tais mecanismos visam manter hígidas a segurança e a estabilidade das instituições e operações do setor, evitando que eventual crise pontual em uma determinada instituição financeira ou seguradora não dê azo à contaminação sistêmica irreversível (SCHWARTZ JUNIOR, 2012, p. 33-34).

A presença de externalidades negativas nos mercados financeiros pode se dar por variados motivos. No entanto, a preocupação fundamental da regulação financeira está ligada às externalidades correlacionadas ao impacto de um determinado *player* do mercado que se encontra em dificuldades sobre o restante do sistema (LOYOLA, 2010, p. 65-66).

O conceito tradicional de risco sistêmico tem por base as externalidades negativas relacionadas à alta integração entre instituições financeiras, as próprias características inerentes à atividade bancária, bem como a presença de assimetrias informacionais. Em virtude disso, a noção de risco sistêmico comumente é relacionado apenas ao mercado bancário e de capitais (PINTO, 2011, p. 159-160).

Todavia, conforme ressaltado por PINTO (2011, p. 160), tem sido cada vez mais difícil “a precisa identificação de quais participantes do sistema financeiro devem ser considerados fontes em potencial de risco sistêmico”. O fenômeno crescente da conglomeração empresarial das atividades integrantes do sistema financeiro (bancos comerciais, bancos de investimento, corretoras de valores mobiliários, companhias de seguro, entre outros) torna possível o surgimento do risco sistêmico por meio de atividades distintas da intermediação financeira típica dos bancos comerciais (PINTO, 2011, p. 160).

O resgate da seguradora American International Group – AIG, em 2008, em plena crise financeira, é um bom exemplo de ocorrência de risco sistêmico em atividade diversa da intermediação bancária. Entretanto, importante ressaltar que o socorro não teve relação com a atividade securitária propriamente dita da empresa, mas sim pela elevada exposição de sua subsidiária financeira em contratos de derivativos, contratos esses firmados com a maioria dos grandes bancos norte-americanos, razão pela qual se tornou motivo de grande preocupação do governo estadunidense a possibilidade da AIG quebrar, tendo em vista o risco de abalar todo o sistema financeiro com a quebra de diversos outros bancos já fragilizados com a crise que se encontrava em andamento (PINTO, 2011, p. 162-163).

A falta de regulação mais rígida sobre os conglomerados financeiros foi notada nesse episódio, passando a se falar em “entidades sistemicamente relevantes”. O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* (reforma regulatória estadunidense resultante da crise financeira) contém referência a esse termo, dando a ideia de *players* do mercado financeiro, embora não sendo atores bancários propriamente ditos, mas com condão de afetar sistemicamente o setor financeiro como um todo (PINTO, 2011, p. 164). As entidades sistemicamente relevantes, dentro dessa linha de raciocínio, também deveriam ser objeto de supervisão regulatória, não podendo escapar ao radar dos reguladores.

O Fundo Monetário Internacional (FMI), em seu *Global Financial Stability Report*, de abril de 2016, chama a atenção, em capítulo próprio, para tendências relacionadas a riscos sistêmicos no mercado securitário, recomendando que os entes reguladores adotem uma abordagem macroprudencial mais forte sobre o setor (FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL, 2016).

O relatório aponta que, desde a crise financeira global, as seguradoras têm aumentado o papel no sistema financeiro mundial, sendo um dos principais investidores institucionais do pla-

neta. Além disso, o estudo apresenta dados que indicam crescimento relevante da contribuição das seguradoras de vida para o risco sistêmico financeiro.

Nota-se, portanto, que há uma tendência no sentido de que os órgãos de supervisão e regulação, costumeiramente preocupados e atentos à regulação sistêmica bancária e do mercado de capitais, passem a olhar com mais atenção para o mercado securitário, por força de sua crescente participação no contexto da estabilidade sistêmica do sistema financeiro.

A preocupação sistêmica, dessa forma, é um ponto que atualmente encontra convergência entre os setores bancário e securitário, sendo certo afirmar que nem sempre foi assim, tratando-se, então, de uma importante diferenciação entre os setores que talvez, nos dias de hoje, mostra-se ultrapassada ou ao menos seriamente mitigada, fruto da globalização e do fenômeno empresarial dos grandes conglomerados financeiros multinacionais.

3 Desafios regulatórios e novas tecnologias – *fintechs* e *insurtechs*

A relação entre regulação e novas tecnologias é, atualmente, um dos principais temas de direito regulatório. Os impactos das novas tecnologias sobre o direito administrativo são incontáveis (MARRARA, 2011, p. 225-226).

Nesse sentido, é possível afirmar que parte expressiva das questões que impactam o cotidiano das sociedades contemporâneas estabelece-se na relação existente entre o avanço tecnológico e o papel que o Estado e, por consequência, o Direito devem ou não exercer na disciplina dessas inovações (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 225-226).

Nesse sentido, a regulação surge como um potencial instrumento viabilizador ou facilitador do avanço tecnológico, do desenvolvimento e da prestação de serviços de maior qualidade aos seus usuários (RIBEIRO, 2017, p. 123-124).

Hoje em dia, há diversas empresas de tecnologia, como, por exemplo, Uber, Whatsapp, Netflix e Airbnb, as quais estão revolucionando o setor em que atuam e ocupando uma relevante fatia de mercado.

Dentro desse cenário de inovação, estão as denominadas *fintechs*, que nada mais são do que empresas de tecnologia que oferecem produtos e/ou serviços financeiros, baseadas em *financial technologies*² através do uso de plataformas digitais.

² Daí o termo *fintech*.

Podemos citar como exemplos brasileiros o Nubank, o VivaReal e o GuiaBolso.³ *Fintechs*, portanto, são empresas que atuam no ramo financeiro e que se utilizam de ferramentas tecnológico-digitais como diferencial inovador.

De forma ampla, *fintech* significa a aplicação de tecnologia ao ramo financeiro (ARNER; BARBERIS; BUCKLEY, 2017, p. 1271-1272). Ainda dentro de uma visão mais abrangente, porém precisa de *fintech*, trata-se de um ramo de negócios direcionado a prestar serviços financeiros para pessoas e empresas, disponibilizando soluções personalizadas ao cliente, de forma mais eficiente e ao menor custo possível, por meio de inovação e tecnologia (VASILJEVA; LUKANOVA, 2016, p. 26).

As atividades exercidas pelas *fintechs* são extremamente variadas, havendo, inclusive, relatórios e estudos que as subdividem em diversas categorias, tais como *crowdfunding*, *high-frequency trading*, educação financeira, *distributed ledger technology*, e outras (BRASIL, 2017).

Ainda no campo da inovação tecnológica, percebe-se, também, o surgimento das chamadas *insurtechs*, isto é, são empresas de tecnologia que atuam no ramo securitário, alicerçadas em *insurance technologies*.⁴

A atividade securitária se baseia em análise de dados, uma vez que as seguradoras precisam mensurar risco e determinar o valor correto do prêmio a ser cobrado por uma determinada garantia securitária. As *insurtechs* estão revolucionando o mercado de seguros justamente porque estão conseguindo aprimorar e alcançar maior eficiência e precisão nos métodos de colheita e análise/processamento de dados por meio de inovações tecnológicas (LEWIS, 2017, p. 492).

É possível afirmar, com segurança, que o movimento disruptivo advindo de inovações tecnológicas digitais se encontra atualmente presente tanto no setor bancário como no securitário.

Grande parte da atenção do mercado financeiro, dos órgãos reguladores e do público em geral, nos dias de hoje, está focada em tais mecanismos financeiros alternativos, como, por exemplo, no *crowdfunding* e no *peer to peer lending* (ARNER; BARBERIS; BUCKLEY, 2016, p. 1291).

³ As três *fintechs* citadas foram incluídas no relatório Fintech 100 elaborado pela KPMG e H2 Ventures como sendo uma das 100 *fintechs* mais inovadoras do mundo. Relatório disponível em: <<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2016/10/fintech-100.pdf>>.

⁴ Daí o termo *insurtech*.

Prova disso é que no Brasil já existem regulações em vigor editadas pela Comissão de Valores Mobiliários disciplinando o *equity crowdfunding*⁵ e pelo Conselho Monetário Nacional regulando a atividade de *peer to peer lending*.⁶ Além disso, a SUSEP, em julho de 2017, constituiu uma Comissão Especial de Desenvolvimento de Inovação e *Insurtech*, por meio da Portaria nº 6.964/2017.⁷

De acordo com Patrícia Baptista e Clara Keller, em estudo cujo objeto é justamente o cotejo entre regulação e novas tecnologias, uma parte considerável dos problemas e desafios que repercutem no dia a dia das sociedades contemporâneas “contrapõe, de um lado, os avanços da tecnologia e, do outro, o papel que os Estados e, por consequência, o direito devem ou não exercer na disciplina dessas inovações. Esse é o ponto comum que as une” (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 127).

Na visão das autoras, o Direito é desafiado pelos desarranjos institucionais causados pela tecnologia. Por outro lado, o Direito tende a procurar soluções dentro do seu próprio arsenal de institutos (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 128). É o que se costuma chamar de *square peg in a round hole situation*, ou seja, a tentativa de encaixar algo novo e diferente em uma moldagem já existente. Em outras palavras, é a tentativa de compatibilizar uma regulação obsoleta e ultrapassada com uma inovação tecnológica que, claramente, exige uma atualização e/ou renovação do arcabouço normativo-regulatório estatal.

Constata-se, portanto, que o grande desafio é calibrar a intensidade do nível de intervenção regulatória frente à inovação tecnológica, de modo a não regular de menos, e, com isso, permitir a ocorrência de riscos excessivamente altos e danosos à sociedade, e também não regular de mais, engessando a atividade e/ou o setor e inviabilizando que a sociedade se beneficie de forma plena de todo o potencial da referida inovação.

Nas palavras de RANCHORDÁS (2015, p. 204), “*on the one hand, regulators want to encourage innovation; on the other, they wish to limit undesirable side effects and control potential risks of these innovative products and processes*”.

Ao invés de se valer de institutos já existentes para tentar compatibilizar inovações tecnológicas disruptivas, há Estados que

⁵ BRASIL, Comissão de Valores mobiliários – CVM. Instrução CVM nº 588/2017. Disponível em <<https://bit.ly/2suOj8H>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

⁶ BRASIL, Banco Central do Brasil – BACEN. Resolução nº 4.656/2018. Disponível em <<https://bit.ly/2s6ihRf>>. Acesso em: 01 set. 2018.

⁷ BRASIL, Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Portaria nº 6.964/2017. Disponível em <<https://bit.ly/2MEDdee>>. Acesso em: 10 jan. 2018.

optam pelo que se denomina "*innovation-friendly regulation*", isto é, um arcabouço regulatório desenhado e pensado para incentivar a inovação tecnológica. Tal abordagem entende a inovação como algo a ser perseguido, fomentado, protegido e incentivado por parte do Estado, com base num certo consenso de que ela é um dos fatores responsáveis por promover desenvolvimento econômico. (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 142).

A regulação, quando formatada e desenvolvida com foco na inovação, permite ao Estado tentar antecipar, ou, ao menos, estar preparado para lidar com os possíveis descompassos entre sua atuação preestabelecida e "as novas formas de funcionamento de mercados e da vida em geral trazidas pela inovação". É o que se pode chamar de reação à *desconexão regulatória*, ou seja, a necessidade de "reconexão entre o arcabouço regulatório e o panorama geral de mercado" (BAPTISTA; KELLER, 2016, p. 139).

Mas, além disso, conforme ressaltado por Ulrich Atz e David Bholat, em análise sobre o crescimento do mercado de *peer to peer lending* no Reino Unido, ao regular a inovação, o Estado passa uma mensagem de segurança e confiabilidade ao mercado e aos agentes econômicos, o que acaba por incentivar e desenvolver o respectivo setor (ATZ; BHOLAT, 2016, p. 20).

No Brasil, assim como em grande parte dos demais países, os mercados bancário e securitário vivem fortes transformações oriundas de inovações tecnológicas digitais disruptivas, dentre elas se destacam tecnologias-base como *big data*, inteligência artificial e *machine learning*, bem como novos produtos e serviços decorrentes de tais tecnologias-base, como *robo advisory*, *high frequency trading*, *peer to peer lending* e criptomoedas.

Em decorrência desse fenômeno, surgem novos desafios regulatórios a serem enfrentados tanto pelo Banco Central – BACEN, como pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, tendo em vista que devem procurar manter a higidez, a estabilidade e a segurança dos respectivos subsistemas, sem, contudo, inibir ou prejudicar a inovação setorial indispensável ao desenvolvimento dos mercados.

Conclusão

É possível notar uma grande aproximação entre os setores bancário e securitário, não apenas de forma estrutural e normativa, mas também em relação aos desafios enfrentados pelos reguladores em ambos os subsistemas.

Tal fato tem forte correlação com a globalização e o surgimento dos conglomerados empresariais financeiros, fato que

pode ser observado na última grande crise financeira originada nos Estados Unidos da América, em 2008.

O avanço tecnológico, principalmente na área digital, tem trazido novos desafios regulatórios aos setores bancário e securitário, em especial em virtude do advento das *fintechs* e das *insurtechs*, exigindo do regulador uma abordagem voltada ao fomento da inovação e da competição, com vistas ao melhor desenvolvimento dos mercados, sem que, por outro lado, se abra mão da estabilidade sistêmica. O duplo desafio reside, então, em promover inovação e, ao mesmo tempo, garantir estabilidade, mediante calibragem e sintonia regulatórias extremamente precisas.

Os temas-objeto de breve análise no presente estudo são apenas alguns pontos relevantes que estão a sofrer mudanças e aprimoramentos, fruto da cada vez maior integração entre os dois setores, fato que, provavelmente, se manifesta em diversas outras situações não abordadas neste momento.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos Serviços Públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARNER, Douglas W.; BARBERIS, János; BUCKLEY, Ross P. The evolution of fintech: a new post-crisis paradigm? **Georgetown Journal of International Law**, vol. 47, 4, p. 1271-1320, 2016.
- ATZ, Ulrich; BHOLAT, David. Peer-to-peer lending and financial innovation in the United Kingdom. **Bank of England Staff Working Paper**, vol. 598, 2016.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.
- BRASIL. Banco Central do Brasil. **Edital de Consulta Pública n. 55/2017**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/EditalConsultaPublica55.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2017.
- BRASIL, Comissão de Valores mobiliários – CVM. **Instrução CVM n. 588/2017**. Disponível em <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/instrucoes/anexos/500/inst588.pdf>>. Acesso em: 06 nov. 2017.
- BRASIL, Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Portaria n. 6.964/2017. Disponível em <<http://www2.susep.gov.br/biblioteca/web/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=40880>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- ERLING, Marlos Lopes Godinho. **Regulação do sistema financeiro nacional: desafios e propostas de aprimoramento institucional**. São Paulo: Almedina, 2015.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Global financial stability report: potent policies for a successful normalization**. Washington, DC, abr. 2016.

LEWIS, Sam. Insurtech: an industry ripe for disruption. **Georgetown Law Technology Review**, vol. 1, 2, p. 491-502, 2017.

LOYOLA, Gustavo. O futuro da regulação financeira. In: GARCIA, Márcio; GIAMBIAGI, Fabio. **Risco e regulação: por que o Brasil enfrentou bem a crise financeira e como ela afetou a economia mundial**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. **Revista de Direito Administrativo**, n. 256, p. 225-251, jan./abr. 2011.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. **Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

PORTO, Antônio José Maristrello. Regulação financeira no Brasil In: GUERRA, Sérgio (Org.). **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

RANCHORDÁS, Sofia. Innovation-Friendly Regulation: the sunset of regulation, the sunrise of innovation. **Jurimetrics: The Journal of Law, Science & Technology**, vol. 55, 2, p. 201-224, 2015.

RIBEIRO, Leandro. A instrumentalidade do direito administrativo e a regulação de novas tecnologias disruptivas. In: FREITAS, Rafael Vêras de; RIBEIRO, Leonardo Coelho; FEIGELSON, Bruno (Org.). **Regulação e Novas Tecnologias**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SCHWARTZ JUNIOR, Cherubin Helcias. Regulação e supervisão prudencial. In: PORTO, Antônio José M.; GONÇALVES, Antônio Carlos P.; SAMPAIO, Patrícia Regina P. (Coord.). **Regulação financeira para advogados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, João Calvão da. **Banca, Bolsa e Seguros: direito europeu e português**. Coimbra, Portugal: Almedina, 2017.

SILVA, Paulo Cezar da. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: aspectos penais e processuais da Lei n. 7.492/86**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

VASILJEVA, Tatjana; LUKANOVA, Kristina. Commercial banks and fintech companies in the digital transformation: challenges for the future. **Journal of Business Management**, n. 11, p. 25-33, 2016.

WALKER, George. Financial technology law: a new beginning and a new future. **International Lawyer**, vol. 50, 1, p. 137, 2017.

A recuperação judicial de empresas frente aos reflexos do *spread* bancário à luz da análise econômica do Direito

André Luís Cateli Rosa

*Advogado e Administrador em São Paulo
Educador e Assessor Jurídico do Banco do Brasil S/A
Doutorando em Direito pela Universidade de Marília
Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, onde leciona nos cursos de Pós-Graduação
Especialista em Liderança e Coaching para Gestão de Pessoas
Professor dos Cursos de Administração e Ciências Contábeis das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO
Autor de livros e artigos científicos
Avaliador de revistas científicas
Membro da Associação Brasileira de Direito e Economia*

RESUMO

O presente estudo aborda a viabilidade do instituto da Recuperação Judicial de empresas no atual cenário nacional, levando-se em consideração seus reflexos sobre o *spread* bancário e consequentemente sobre a sociedade como um todo. O estudo e seus resultados foram cingidos à luz da análise econômica do Direito, trazendo-se à baila os fundamentos do instituto da Recuperação Judicial de empresas, bem como os aspectos inerentes ao *spread* bancário, relacionando-os e obtendo-se conclusões por meio de análise das externalidades proporcionadas, dos custos de transação resultantes, da eficiência e principalmente em relação ao consequencialismo e pragmatismo que é peculiar à análise econômica. Utilizou-se do método empírico dialético. Em conclusão, verificou-se que o instituto da Recuperação Judicial de empresas, no atual cenário nacional, não possui viabilidade frente ao referencial teórico da análise econômica do Direito, haja vista que proporciona benefícios de curto prazo apenas para aqueles que participam diretamente de seu processo.

Palavras-chave: Análise econômica do Direito. Externalidades. Recuperação judicial de empresas. *Spread* bancário.

ABSTRACT

The present study approaches the feasibility of the Institute of Judicial Recovery of companies in the current national scenario, taking into account its reflexes on the banking spread and consequently on the society as a whole. The study and its results were gauged in the light of the economic analysis of Law, bringing to the fore the fundamentals of the Judicial Recovery Institute of companies, as well as the inherent aspects of banking spread, relating them and obtaining conclusions through analysis of the resulting externalities, the resulting transaction costs, efficiency, and especially the consequentialism and pragmatism that is peculiar to economic analysis. The dialectical empirical method was used. In conclusion, it was verified that the institute of Judicial Recovery of companies, in the current national scenario, does not have viability against the theoretical reference of the economic analysis of the Law, since it provides short-term benefits only for those who participate directly in its process.

Keywords: Economic analysis of law. Externalities. Judicial recovery of companies. Bank spread.

Introdução

A Lei de Recuperação Judicial de Empresas possui por princípios basilares a preservação da empresa e a proteção dos trabalhadores e dos interesses dos credores. Assim, extrai-se que sua função social encontra-se pautada no estímulo à atividade econômica e na manutenção dos empregos.

O instituto, como implementado no Brasil, por meio da Lei nº 11.101/05, ocasiona externalidades diversas, entre as quais se encontra o aumento do *spread* bancário, o que resulta em maiores taxas de juros para os tomadores de crédito e consequentemente na diminuição de investimentos em inúmeros setores produtivos.

O objetivo do presente estudo é refletir sobre a viabilidade da Recuperação Judicial de Empresas, no atual cenário brasileiro, à luz da análise econômica do Direito, analisando os fundamentos do referido instituto, bem como os aspectos do *spread* bancário, a fim de obter conclusões por meio de análise das externalidades, custos de transação, eficiência e principalmente em relação ao consequentialismo e pragmatismo que lhe é peculiar.

Foi utilizado o método empírico dialético. Em conclusão, verificou-se que a Recuperação Judicial de Empresas, no atual cenário nacional, não é viável à luz da análise econômica do Direito.

1 Recuperação judicial de empresas: objetivos e consequências

De acordo com a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a Recuperação Judicial de empresas tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Nesse contexto, verifica-se que seu objetivo é promover a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, destacando-se a manutenção e geração de possíveis novos empregos, bem como o pagamento dos tributos devidos (TOLEDO; ABRÃO, 2009, XXXVIII).

Têm-se então, por princípios basilares, a preservação da empresa, a proteção aos trabalhadores e, por fim, os interesses dos credores, conforme disposição do art. 47 da lei que cuida do assunto. Veja-se:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Poderá requerer recuperação judicial, nos termos do art. 48, o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de dois anos e atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente: (1) não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes; (2) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial; (3) não ter, há menos de cinco anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial; (4) não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos na lei de falências.

Uma vez atendidos os requisitos, sob os fundamentos destacados pelo art. 47, serão concedidos ao devedor os benefícios da Recuperação Judicial, de forma que, com isso, todas as ações

e execuções contra a empresa ficam suspensas por 180 dias e seus débitos passam a fazer parte de um plano de recuperação judicial, a ser aprovado pelos credores em posterior assembleia.

Via de regra, os planos de recuperação judicial apresentam condições muito desfavoráveis aos grandes credores, principalmente às instituições financeiras, pois oferecem pagamentos sem a inclusão de taxas de juros, por muitas vezes com abatimentos significativos, prazos extremamente longos e carência elevada.

Diante desse contexto, quando do pedido de recuperação judicial, os valores devidos pelas empresas às instituições financeiras são considerados como inadimplência para fins e cálculo do *spread* bancário, vez que estas não terão os valores à disposição para reaplicação no mercado.

Via de consequência, como sucedâneo lógico desse processo, os recursos financeiros à disposição das instituições financeiras tornam-se mais escassos, em função de que as taxas de juros que incidem sobre as linhas de crédito destinadas às pessoas jurídicas tornam-se mais onerosas para os empresários.

2 *Spread* bancário

O *spread* bancário é a diferença, em pontos percentuais, entre a taxa de juros pactuada nos empréstimos e financiamentos, ou seja, a taxa paga pelos tomadores de crédito junto às instituições financeiras, e a taxa de captação, esta que se refere à taxa que essas instituições pagam aos agentes superavitários para utilizar os seus recursos.

A forma mais comum de captação de recursos junto ao mercado é por meio de CDB – Certificado de Depósito Bancário, pelo qual as instituições financeiras captam recursos repassando-os aos clientes na forma de empréstimos (FORTUNA, 2001, p. 153).

Exemplificando: se uma instituição financeira captar junto ao mercado recursos por meio de CDB com custo de 10% ao ano e conceder empréstimos com taxa de 30% ao ano, terá como resultado dessa operação um *spread* bancário de 20% ao ano.

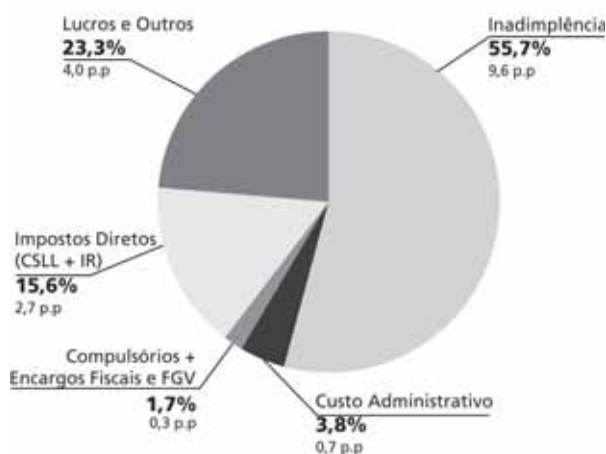
É importante observar que o *spread* bancário não corresponde ao lucro auferido pela instituição financeira ao conceder o empréstimo ou financiamento, mas sim a um valor resultante da cobertura de seus custos (despesas administrativas, impostos, provisão de inadimplência, entre outros), que, somado ao lucro, corresponde ao *spread*. De forma simplificada: o lucro da instituição financeira é o que resta após a cobertura dessas despesas.

Na composição do *spread* estão presentes fatores de custos administrativos e operacionais. Como custos administrativos, por

exemplo, destacam-se os recolhimentos compulsórios¹, estabelecidos pelo BACEN, os fiscais, decorrentes da incidência de diversos impostos sobre a intermediação financeira, e principalmente os relativos à inadimplência, estes vinculados ao risco de crédito em face de eventual descumprimento da obrigação pelo tomador do empréstimo, que pode ser total ou parcial (CAMPELLO, 2008, p. 113).

O gráfico a seguir demonstra a decomposição do *spread*, em uma posição extraída no ano de 2017, apresentando sua média no período 2011-2016, demonstrando que sua maior parte (55,7%) é composta pela inadimplência.

Decomposição do *spread*: média 2011-2016



Escopo: Crédito total (livre + direcionado) - Bancos múltiplos e comerciais.
A diferença entre a soma das componentes e o total deve-se a arredondamento.
Números atualizados e revisados em 8/3/2017.

Figura 1. BACEN, 2017, p. 10.

A Recuperação Judicial de empresas no Brasil é diretamente responsável pela composição do *spread* bancário, haja vista o grande impacto que exerce sobre o volume de inadimplência, que é o maior dos fatores que o compõem.

¹ Os recolhimentos compulsórios constituem-se em um instrumento à disposição do Banco Central para influenciar a quantidade de moeda na economia. Eles representam uma parcela dos depósitos captados pelos bancos que devem ser mantidos compulsoriamente “esterilizados” no Banco Central (BACEN, 2018).

Questão a ser avaliada é que o instituto da Recuperação Judicial, nos termos de seu objetivo, traz benefícios apenas para os poucos que dela participam, ou seja, para o próprio empresário, seus trabalhadores e credores. Em contrapartida, proporciona reflexos negativos para toda a sociedade, vez que resultará em taxas de juros mais elevadas para obtenção de recursos junto ao mercado financeiro, proporcionando menores investimentos em todos os setores produtivos, estes que, certamente, por via reflexa, resultariam na geração de novos postos de trabalho com maior sustentabilidade. É o desenvolvimento sustentável que consolida o equilíbrio de qualquer sistema (ROSA, 2017, p. 101).

3 Considerações sobre a análise econômica do direito: externalidades, racionalidade e indução de condutas

O instituto da Recuperação Judicial de Empresas introduziu modificações de vasto alcance, capazes de atingir todos os agentes econômicos que, de alguma forma, relacionam-se com a empresa que dele se beneficia.

Referido instituto ganha especial importância sob a ótica consequencialista e pragmática quando inserido na atual conjuntura social, tendo em vista que sua utilização pelos empresários resultará em inúmeros reflexos, não só para os que diretamente se relacionam com estes, mas para toda a sociedade, levando-se em consideração as bases sólidas contextualizadas pela análise econômica do Direito.

Nesse contexto de análise, as regras jurídicas são concebidas em uma feição instrumental, voltadas para a solução eficiente (REPSOLD; TABAK, 2018, p. 41), conforme se demonstra adiante.

Assim, por meio de uma análise dos efeitos da Recuperação Judicial de Empresas, demonstra-se uma visão realista dos fenômenos jurídicos (realismo jurídico), “afastando uma análise apenas formal” (FREIRE, 2010, p. 21-30), levando-se em conta que, para tanto, as relações entre os *players* do mercado sejam examinadas também sob a perspectiva econômica, vez que resultam em impactos diretos a serem avaliados pela sociedade, principalmente sob essa ótica.

Nesse contexto, a análise das relações econômicas poderá levar à possibilidade de formulação e aplicação das normas jurídicas de forma que se possibilite torná-las mais eficientes sob a ótica de se obter um melhor desempenho econômico da nação, refletindo em consequente bem-estar social.

A utilidade da análise econômica do Direito reveste-se em encontrar a racionalidade de toda e qualquer decisão, indepen-

dente de estar dentro ou fora do mercado, tendo em vista que toda atividade humana “não instintiva se abarca nesse conceito e pode, por isso, ser economicamente analisada” (SCHMIDT, 2014, p. 206).

Gico Júnior (2010, p. 11), em suas abordagens, conceitua a AED como

A aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito. A AED tem por característica a aplicação da metodologia econômica a todas as áreas do direito, de contratos a constitucional, de regulação a processo civil, de direito ambiental a família e é justamente essa amplitude de aplicação que qualifica uma abordagem AED da simples aplicação de conhecimentos econômicos em áreas tradicionalmente associadas à economia.

Segundo Posner (2010, p. 14), o Direito deve ser interpretado e pensado a partir dos princípios da Economia. Iniciando por uma lógica pragmática, defende um método de interpretação consequencialista para o Direito, transformando-o num instrumental pautado pelos efeitos das decisões jurídicas.

No mais, tratando-se da aplicação das normas por uma instituição, ponto essencial a se destacar é o ensinamento de North (1994, p. 359-368), que esclarece que “as instituições têm a vocação de indução ou de coibição de condutas a partir de um juízo valorativo”.

Dessa maneira, ao se tomar a Economia como uma ciência que está diretamente relacionada ao estudo do comportamento humano, “seus instrumentos mostram-se poderosos para a prospecção dos comportamentos dos agentes frente às diversas prescrições do ordenamento jurídico” (NUSDEO, 2015, p. 43-44).

É sob essa perspectiva, ponderando-se as externalidades resultantes e a escolha racional, que são analisados os efeitos do instituto da Recuperação Judicial de Empresas para o desenvolvimento econômico e social no atual cenário nacional.

3.1 Externalidades pela análise econômica do Direito

A noção de externalidade proposta pela análise econômica do Direito tem origem no trabalho de Coase (1960), que propõe

analisá-la a partir da noção de custo de oportunidade, uma análise comparativa entre a receita obtida de uma dada combinação de fatores e as possibilidades de receitas que seriam obtidas com arranjos alternativos. Assim, em vez de tratar os fatores de produção como coisas, o autor propõe considerá-los como direitos.

Nesse sentido, o direito de fazer algo que produza um dano para outros também pode ser visto como um fator de produção, ou seja, o custo de exercer esse direito (de usar um fator de produção) é sempre uma perda para quem sofre os efeitos do seu exercício.

Dessa forma, Coase inverteu os termos em que a questão era tradicionalmente considerada, atribuindo-lhe uma abordagem dual. Assim, o problema não é simplesmente evitar o dano, mas sim evitar o dano maior. O que deve ser avaliado é se é viável, do ponto de vista da sociedade, permitir ou inibir a ação de um indivíduo, e a resposta não é óbvia, a menos que se conheçam os valores dos ganhos e perdas envolvidos na questão.

Essa conjuntura leva à conclusão de que as tomadas de decisões no momento da aplicação das leis devem levar em consideração todos os valores envolvidos na questão sob análise, direta e indiretamente, devendo-se considerar todas as externalidades.

3.2 Escolha racional

Uma vez abordados os conceitos de externalidades, para complementar a compreensão da análise econômica do Direito e sua aplicação aos preceitos introduzidos pelo instituto da Recuperação Judicial de Empresas no cenário internacional, é necessário entender o pressuposto de racionalidade das condutas humanas.

Partindo dos ensinamentos de Coase, a racionalidade consiste na possibilidade de o indivíduo, sempre que se deparar com diversidade de escolhas, avaliar qual opção lhe oferece maior benefício, analisando os prejuízos e optando pela situação que lhe for melhor (COASE, 1988). Em outras palavras, o indivíduo, diante de várias possibilidades de escolha no dia a dia, escolherá de acordo com o que é melhor para si, visando sempre aos seus próprios interesses, optando pelo que lhe traga maior satisfação.

A esse respeito, Pinheiro e Saddi (2005, p. 89) destacam que “o ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente,

diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade”.

Assim, por meio da análise econômica, o indivíduo toma decisões pautadas em seus interesses individuais, sem ponderar se “a referida decisão é o melhor a ser feito para a sociedade” (FORGIONI, 2005, p. 248).

Nesse contexto, levando-se em consideração a análise econômica, a escolha do ser humano dependerá das vantagens e desvantagens relacionadas ao cumprimento e ao descumprimento da norma, prevalecendo sempre a que apresentar o melhor benefício sob o ponto de vista do indivíduo que a pratica.

3.3 O Direito como indutor de condutas

Conforme demonstrado por meio da escolha racional, fica claro que o ordenamento jurídico pode influenciar a conduta dos indivíduos na sociedade. Nesse sentido, Forgioni (2005, p. 248) pontua que:

normas jurídicas nada mais são do que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos.

Diante desse contexto, a ideia é complementada pelos ensinamentos de North (1994, p. 361), ao afirmar que as instituições, inclusive as jurídicas, formam as regras do jogo, que servirão de “parâmetro para as escolhas tomadas no dia a dia pelos agentes econômicos”.

Pinheiro e Saddi (2005, p. 13) abordam que o Direito “exerce influência acerca da conduta dos indivíduos, utilizando para tanto de instrumentos de sanção e de premiação”.

Assim, por meio da racionalidade, levando-se em consideração o ordenamento jurídico vigente, o indivíduo analisará os custos e benefícios individuais para tomar a melhor decisão para si.

Nesse cenário, a relação entre o Direito e a Economia não é meramente econômica, mas de implicações de escolha racional, resultando em efeitos da legislação sobre o comportamento dos indivíduos, de forma que “este levará em consideração todas as externalidades provenientes de suas condutas” (FRIEDMAN, 2000, p. 8).

3.4 Custos de transação

A análise dos custos de transação também é essencial para verificar a viabilidade da Recuperação Judicial de Empresas no atual cenário nacional. Referidos custos são aqueles relacionados à concretização de uma relação comercial que não envolvem a manufatura do objeto transacionado. Esses custos podem ser definidos, por exemplo, como custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato. Williamson (1985, p. 18) explica que os custos de transação são aqueles relacionados à movimentação do sistema econômico, diferenciando-se dos custos de produção, estes “relacionados a outros fatores como matéria-prima e mão de obra”.

Cooter e Ulen (2010, p. 105) esclarecem que os custos de transação são aqueles relacionados “(i) à busca de interessados no negócio; (ii) às despesas para negociação e formalização das transações; e (iii) aos custos para fiscalizar e tomar as medidas cabíveis, caso haja descumprimento contratual”. As despesas para negociação estão intimamente ligadas aos trâmites do instituto da Recuperação Judicial de Empresas, vez que englobam os recursos destinados à sua tramitação e administração, que recaem sobre todos os credores, sobre a empresa e sobre toda a sociedade.

Assim, diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, os indivíduos sempre perseguirão a sua redução, levando em consideração o ordenamento jurídico a que estão sujeitos e a forma de atuação das instituições jurídicas.

Nesse sentido, a redução dos custos de transação relaciona-se com a busca de maior eficiência na esfera econômica, conforme abordado alhures no que diz respeito às externalidades. Assim, no presente estudo, considera-se eficiente o cenário pelo qual haja redução dos custos de transação.

4 Análise econômica da recuperação judicial de empresas

Sob a ótica do referencial teórico aqui adotado, o instituto da Recuperação Judicial de empresas, tal como implementado hoje no Brasil, não encontra resguardo, vez que, sob o prisma do consequencialismo e pragmatismo, traria benefícios de curto prazo a uma minoria envolvida na questão, em detrimento de toda a sociedade. Isso porque, se o objetivo social da lei é a manutenção de empregos, entre outros fatores, o aumento do *spread* bancário caminha em sentido oposto a ele, vez que re-trai investimentos nos mais diversos setores produtivos.

O dinheiro mais caro para os empreendedores resulta no consequente aumento do risco dos negócios, bem como reflete em menor estímulo de mobilização de recursos produtivos para as atividades empresárias, vez que, guiados pela racionalidade, direcionarão seus recursos para investimentos mais seguros e, por muitas vezes, até mesmo fora do país, o que resultará em retração de empregos.

Pode-se mencionar ainda, sob o ponto de vista da análise econômica do Direito, perdas sociais enormes resultantes dos elevados custos de transação gerados pelo processo de Recuperação Judicial. Isso porque sobrecarrega o Poder Judiciário e seus servidores, que precisam dedicar horas diárias de trabalho para seu acompanhamento, reduzindo a eficiência dessa instituição, resultando em menor celeridade nos demais processos, refletindo assim de maneira negativa para o restante da sociedade que não participa diretamente dele, respingando até mesmo na segurança jurídica, vez que a ausência de celeridade impede que o processo alcance a sua função social.

Frise-se ainda as externalidades negativas resultantes, como o aumento do *spread* bancário e a destinação inadequada de recursos a Recuperações Judiciais de empresas que não apresentam resultado satisfatório, resultando em movimentação desnecessária do Poder Judiciário, e, de forma geral, a perda de eficiência vista sob a ótica da racionalidade oferecida pelo instrumental empírico teórico da economia.

Conclusão

O instituto da Recuperação Judicial de empresas no Brasil tem por fundamento a superação da situação de crise econômico-financeira da empresa, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores.

Verificou-se que, no atual cenário nacional, referido instituto possui o condão de aumentar o *spread* bancário, vez que reflete diretamente no contexto da inadimplência, que é a maior responsável pela formação de seu valor.

Tendo em vista o referencial teórico ora adotado, conclui-se que a Recuperação Judicial de empresas, ao proporcionar o aumento do *spread* bancário, proporciona perdas sociais enormes, tendo em vista que incorre em elevados custos de transação gerados pelo processo, em externalidades negativas diversas e, de forma geral, na perda de eficiência vista sob a ótica da racionalidade oferecida pelo instrumental empírico teórico da economia.

Por fim, sob a ótica consequencialista e pragmática da análise econômica do Direito, o instituto estudado não encontra amparo, haja vista que proporciona benefícios de curto prazo apenas para aqueles que participam diretamente de seu processo, ou seja, empresa, seus trabalhadores e credores, tudo em detrimento das perdas proporcionadas a todo o restante da sociedade.

Referências

- BACEN – Banco Central do Brasil. **Recolhimento compulsório, encaixe e direcionamentos obrigatórios**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/novaPaginaSPB/compulsorios.asp>>. Acesso em: 26 abr. 2018.
- CAMPELLO, Nalva Cristina Barbosa. Spread bancário no Brasil: suas determinantes e conseqüências. **Revista do Centro de Estudos Judiciários do Tribunal de Justiça de Pernambuco**. p. 103-126, 2008. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34980/Nalva+Cristina+Barbosa+Campello.pdf/4a9f80c1-20a2-4609-b795-ad92c83e08b8>>. Acesso em: 25 abr. 2018.
- COASE, Ronald. H. The Problem of Social Cost. **Journal of Law & Economics**, Chicago, v. 3, 1960. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 16 jul. 2017.
- COASE, Ronald. H. **The firm, the market, and the law**. Chicago: Chicago University, 1988.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado financeiro: produtos e serviços*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2001.
- FREIRE, Alonso Reis. Odisseu ou Hércules? Sobre o Pragmatismo e a Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro**, Minas Gerais, n. 3, p. 21-30, 2010.
- FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University, 2000.
- GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic analysis of law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010.
- NORTH, Douglas. Economic performance through time. **The American Economic Review**, Nashville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: Introdução ao direito Econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REPSOLD, Max Brito; TABAK, Benjamin Miranda. Instrumentos metodológicos da análise econômica do direito e eficiência das políticas públicas executadas pelo terceiro setor. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 16, n. 23, p.28-53, jul./dez. 2018.

ROSA, André Luís Cateli. Cooperação para o desenvolvimento sustentável. In: Anais do VIII Seminário Interinstitucional de Mestrados em Direito UEL-Unimar, em 20 de outubro de 2017 – GT 2 – Globaliza-

ção, Direito e Economia. **Anais** (on-line). Londrina: UEL, 2017. Disponível em <<http://www.uel.br/pos/mestradoemdireito/pages/arquivos/Interinstitucional%202017/ANAIS/ANAIS%20GT%202%20-%20PRONTO.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2018.

SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 anos do fundo de defesa de direitos difusos sob a luz da análise econômica do direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. **Argumentum**: Revista de Direito, Marília, n. 15, p. 201-226, 2014.

TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique. (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relational contracting. Nova York: The Free, 1985.

O papel transformador da jurisprudência no Direito Processual Civil: da extensão dos precatórios à estatal Codevasf

Maria Stela Lira Barboza de Brito

*Advogada da Companhia de Desenvolvimento dos
Vales do São Francisco e do Parnaíba (CODEVASF)
Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Direito
Previdenciário ESA/UNINASSAU
Mestre em Desenvolvimento Regional UEBP/UFCG
Consultora Interna da CODEVASF*

RESUMO

União, Estados, DF, Municípios, autarquias e fundações públicas, eis as pessoas jurídicas de direito público que compõem a Fazenda Pública. O interesse público justifica a existência de prerrogativas processuais quando esta adentra em demandas judiciais. Em um cenário de transformação jurídica, afinal, o Direito é mutável, prerrogativas também estão sendo atribuídas a empresas públicas prestadoras de serviços eminentemente públicos e essenciais, como é o exemplo da CODEVASF. Nesse contexto, ênfase se confere ao pagamento de execuções e cumprimentos de sentenças por empresa pública federal através de precatórios.

Palavras-chaves: Fazenda Pública. Jurisprudência. Prerrogativas. Codevasf.

ABSTRACT

Union, States, DF, municipalities, municipalities and public foundations, these are the legal entities of public law that compose the Public Treasury. The public interest justifies the existence of procedural prerogatives when it enters judicial demands. In a scenario of legal transformation, after all the law is changeable, prerogatives are also being attributed to public companies that provide eminently public and essential services, as is the example of Codevasf. In this context, emphasis is placed on the payment of executions and compliance with judgments by federal public company through precatory.

Key-words: Public Treasury. Jurisprudence. Prerogatives. Codevasf.

Introdução

Enquanto fenômeno social, o Direito sofre constantes e profundas mudanças, consolidam-se posicionamentos, correntes majoritárias predominam e servem de norte ao aplicador. Ocorre que, nesse processo transformador, a atuação do advogado de empresa pública estatal pode ser profundamente afetada, exigindo-se um maior conhecimento jurídico e aprofundamento na sua área de atuação.

O presente artigo apresentará uma dessas mudanças no contexto laborativo da atividade da advocacia estatal e demonstrará, através de decisões recentes, como a jurisprudência vem interpretando as prerrogativas da Fazenda Pública e aplicando-as a determinadas empresas públicas. À questão dos precatórios, será dada ênfase, visto que, em um contexto de crise que se afigura no país, honrar com as dívidas advindas de execuções tem tornado o trabalho árduo em busca de recursos para efetuar tais pagamentos.

Serão trazidas várias decisões, uma vez que são da vivência jurídica do caso específico da Codevasf, empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Integração Nacional, decisões essas que poderão servir de norte a vários outros advogados estatais de empresas públicas análogas. Ademais, fez-se necessário, também, um estudo da jurisprudência enquanto fonte crescente no nosso sistema romano-germânico.

1 O papel transformador da jurisprudência no Direito Processual Civil: da extensão dos precatórios à estatal Codevasf

1.1 A Fazenda Pública em juízo e o cumprimento de sentença em face desta

O termo Fazenda Pública, conforme nos ensina o doutrinador Leonardo Carneiro da Cunha, em sua obra amplamente consultada no meio jurídico brasileiro, a *Fazenda Pública em Juízo*, está relacionado ao aspecto financeiro do ente público e, em um sentido mais abrangente, pode-se considerar o Estado em Juízo. Como é sabido, abrange as pessoas jurídicas de direito público, esclarecendo-se, ainda, o seguinte:

Integram a Administração direta os órgãos componentes dos entes federativos, a saber: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. A par de tais pessoas jurídicas e dos órgãos que as integram, permite-se o surgimento de outras entidades admi-

nistrativas, que compõem a Administração indireta: são as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. Essas 2 (duas) últimas – empresas públicas e sociedades de economia mista – revestem-se da natureza de pessoas jurídicas de direito privado, não integrando o conceito de Fazenda Pública. Já a autarquia constitui uma pessoa jurídica de direito público com personalidade jurídica própria e atribuições específicas da Administração Pública. (CUNHA, 2018, p. 34).

O princípio da supremacia do interesse público está presente quando o assunto é a Fazenda Pública em Juízo, já que os interesses estatais deverão prevalecer sobre interesses isolados, representando uma verdadeira proteção do interesse dos administrados. Desse modo, a Fazenda Pública, nesse aspecto, está destinada a atender à finalidade da lei para a consecução do bem comum, para a defesa do Erário. Explica-se: ela não é a titular do interesse público, mas é o ente destinado a preservar esse (CUNHA, 2018, 56).

Não é demais lembrar que as finanças públicas emanam de toda a sociedade, portanto, a autoridade pública, nesse ponto, é mera administradora do dinheiro público. Para que sua atuação frente ao Juízo ocorra da maneira mais adequada possível, a Fazenda pública goza de algumas prerrogativas, as quais atendem ao princípio da isonomia, uma vez que trata os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Ora, há maior desigualdade de que um ente que está gerindo o dinheiro de todo um país?

O art. 534 do NCPD alterou o procedimento adotado pelo CPC de 1973, que preconizava um processo de execução contra a Fazenda Pública. Tal dispositivo legal tem o seguinte teor:

DO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA QUE RECONHEÇA A EXIGIBILIDADE DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA PELA FAZENDA PÚBLICA

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

- I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;
- II - o índice de correção monetária adotado;
- III - os juros aplicados e as respectivas taxas;
- IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;
- V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

§ 1º Havendo pluralidade de exequentes, cada um deverá apresentar o seu próprio demonstrativo, aplicando-se à hipótese, se for o caso, o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 113.

§ 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

Com efeito, *na linha do que se passou para a execução de título judicial entre particulares com a Lei nº 11.232/2005, que, na vigência do CPC revogado, eliminou o processo autônomo de execução e passou a prever a fase de cumprimento de execução, com a instauração de um processo sincrético, o art. 534 do atual Código de Processo Civil também estendeu a mesma modificação à execução de título judicial contra a Fazenda Pública.*

Sendo assim, atualmente, não se instaura um processo autônomo de execução, com a citação da Fazenda Pública para a oposição de embargos, mas será requerido pelo credor o cumprimento de sentença, com a intimação da devedora para apresentar a sua impugnação.

O art. 534, § 2º do Código de Processo Civil afirma que “a multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública”. Dentre as várias justificativas, a que mais se destaca seria aquela contida no art. 100 da Constituição Federal, o qual determina que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente por meio de precatórios.

Com a inclusão no orçamento, o poder público deposita o valor a ser pago por precatórios em uma conta administrada pelo Tribunal de Justiça, que irá gerir o pagamento desses valores. O pagamento dos precatórios deve ser feito por ordem cronológica, ou seja, os processos mais antigos precisam ser quitados primeiro. Contudo, há outros critérios. Pessoas com mais de 60 anos de idade ou doença grave têm preferência. Da mesma forma, precatórios que se referem a salário, aposentadoria, pensão e alimentos (como no caso desses que dizem respeito à indenização por danos morais), no geral, têm prioridade.

É de conhecimento comum que as empresas públicas federais e as sociedades de economia mista não integram a abrangência de Fazenda Pública, razão pela qual não gozam das prerrogativas à Fazenda Pública inerentes no Direito Processual Civil. A dogmática jurídica nos ensina isso. Mas o que dizer do *mutatis mutantis* a que o Direito se submete?

Ocorre que algumas tendências jurisprudenciais vêm ocorrendo, e certas prerrogativas da Fazenda Pública em Juízo, es-

pecialmente na fase de execução e cumprimento de sentença, vêm estendendo-se à empresa pública federal.

Não se está, com isso, querendo-se fazer um estudo abrangente de todos os casos em que isso vem acontecendo, mas apresentar ao leitor o caso específico de algumas decisões envolvendo a Codevasf, empresa pública federal, vinculada ao Ministério da Integração Nacional.

O que se apresentará, portanto, advém de julgados recentes e reiterados, que, conforme o caso concreto, observa-se ser uma tendência jurisprudencial. Para tanto, é necessária uma reflexão a respeito do papel da jurisprudência enquanto fonte do Direito.

1.2 Da jurisprudência enquanto fonte do Direito e o aumento da sua importância na atualidade brasileira

Dentre as fontes do Direito existentes, a jurisprudência surge em posição distinta, dependendo do sistema jurídico considerado, sendo ela o diferencial entre os subsistemas romano-germânico, no qual estamos inseridos, e *common law*, esses, por sua vez, são frutos de um processo histórico-social.

A teoria das fontes começa a se desenvolver a partir do momento em que a Ciência Jurídica enxerga o direito como um produto cultural, ou seja, como uma construção da sociedade.

A teoria das fontes do Direito, analisada no âmbito da *zetética*¹, demonstra a inter-relação que outras disciplinas abrem um espaço para o estudo do fenômeno jurídico, entrelaçando-se com o direito e localizando-o como objeto principal.

A dogmática jurídica, por outro lado, ao selecionar um objeto de estudo, limita-se a estudá-lo preso a um dogma que não será modificado e sim poderá ser interpretado de formas diferentes. Além de estar ligado a normas, tem como objetivo último a solução de conflitos.

É partindo dessas modificações que a dogmática sistematiza a teoria das fontes, destacando o poder do Estado na produção de normas para toda sociedade. Esse é o sentido de racionalização do Estado Liberal levantado por Ferraz Júnior (2001, p. 223), que, ao mesmo tempo, dá oportunidade à participação da comunidade, no entanto, limitando e tornando o Estado o único centro emanador de normas.

¹ Nomenclatura utilizada por Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2001) para designar um enfoque teórico com proposições informativas.

Assim, as fontes estatais são colocadas no topo por estarem revestidas de um maior grau de objetividade e, consequentemente, de uma maior segurança e certeza, seguidas da jurisprudência, dos costumes e das fontes negociais; entretanto, haverá sempre uma variação, dependendo do sistema jurídico em questão.

Mesmo com a variação e a quantidade de teorias sobre as fontes do Direito, é importante verificar que a jurisprudência sempre está, hodiernamente, em um patamar privilegiado, podendo ser definida como um conjunto de decisões judiciais reiteradas e uniformes.

Derivado do latim *jurisprudencia*, *jus* quer dizer ciência do direito e *prudencia*, sabedoria. Nesse sentido, pode-se dizer que jurisprudência é o ato de interpretar e aplicar as leis aos fatos concretos para que sejam dirimidos os conflitos, porém devem ser firmadas em sucessivas e uniformes decisões.

Para Reale (2002, 67), jurisprudência “é uma forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”. Como a jurisdição está relacionada à função do Estado de dizer o Direito. Verifica-se uma tendência de que até mesmo a jurisprudência possa inovar sobre matéria jurídica, em que pese o Brasil não fazer parte do Sistema *Common Law*.

A jurisprudência é a base diferenciadora do subsistema romano-germânico e do *common law*, pois é a sua maior ou menor preeminência, enquanto fonte do Direito em relação à lei que dará o suporte para identificação do sistema jurídico ao qual pertence. Ocorre que, nos últimos anos, com o surgimento de súmulas vinculantes, ADIns, ADCs, constata-se uma tendência de obrigatoriedade de aplicação da jurisprudência.

Correntes mais tradicionais existem que se recusam a considerar a jurisprudência como fonte do Direito, pois se essa pressupõe uma origem do direito, a atividade judiciária não criaria direito, apenas exerceria uma função interpretativa no ordenamento jurídico. Essa concepção decorre de posições que primam pelo exclusivismo da lei enquanto fonte do Direito, exercendo a jurisprudência um papel secundário, o qual não impõe ao juiz as regras provenientes de precedentes. Porém, esse cenário jurídico mudou sobremaneira, e tal concepção depreciativa da jurisprudência enquanto fonte de Direito corresponde à negação do papel renovador da jurisprudência no Direito contemporâneo.

De fato, mesmo nos países de direito romanista, a relevância da jurisprudência é percebida em vários campos, pois compilações de decisões judiciais são cada vez mais frequentes, servin-

do de parâmetro aos juízes para a tomada de novas decisões. Além disso, percebe-se a autoridade atual de juízes na criação do direito quando esses tomam decisões *contra legem*, e essas passam a ser seguidas por outros magistrados que as utilizam em decisões posteriores.

Para efeitos teóricos, entretanto, a jurisprudência é a base diferenciadora do subsistema romano-germânico e do *common law*, pois é a sua maior ou menor preeminência enquanto fonte do Direito em relação à lei que dará o suporte para identificação do sistema jurídico ao qual pertence.

No nosso sistema romano-germânico clássico, observa-se que há uma hierarquia de jurisdições e que o Supremo Tribunal está no topo da organização judiciária, e esse, tendo a função precípua de velar pela aplicação da lei, uma vez que essa é a fonte suprema desde a Idade Média. A generalidade e abstração dessa fonte que abrange o maior número de casos possíveis sob sua égide e se pode até encarar como uma vantagem, em detrimento de eventuais arbitrariedades de decisões proferidas pela pessoa do juiz. Esse terá que, nas suas decisões, fundamentá-las e motivá-las, exatamente para que não ocorram tais arbitrariedades.

Então, essa ênfase dada a um sistema geral de normas que afastem a arbitrariedade de um juiz decidindo os casos concretos faria com que a atividade judiciária, nesses países, só poderia ser concebida na sua relação com a lei, tendo a jurisprudência um papel secundário, pois, na maioria dos casos, tal atividade judiciária não consistiria em criar regras jurídicas, apenas em interpretar leis que já existem, visto que, para decidir as questões de sua alçada, os juízes irão, necessariamente, apoiar-se em base legal. Uma das causas dessa posição de proeminência da lei por parte dos próprios juízes diz respeito à formação desses em universidades, as quais, baseadas no direito romano, colocam a lei como tendo essa posição enaltecida.

A jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer estes quadros. O alcance do direito jurisprudencial é limitado [...] A jurisprudência abstém-se de criar regras de direito, porque esta é, segundo os juízes, tarefa reservada ao legislador e às autoridades governamentais ou administrativas chamadas a completar a sua obra [...] A regra jurisprudencial apenas subsiste e é aplicada enquanto os juízes – cada juiz – a considerarem como boa. Concebe-se que, nestas condições, se hesite em falar de regras de direito. (DAVID, 1998, pág. 119-120).

Apesar de toda essa ênfase dada à lei, percebe-se que a importância da jurisprudência cresceu nesse subsistema, pois, em vários países europeus, como França, Alemanha, Itália, Suíça, Espanha e Turquia, existem compilações oficiais de jurisprudência que foram elaboradas para uso prático dos juristas. Além disso, o direito suíço atribui ao juiz, no caso de a lei não abarcar o caso concreto, o direito de pronunciar a sua decisão como se fosse um legislador. Tal possibilidade se mostra relevante, apesar de haver ainda resistência na sua aplicação por parte de juristas.

Conforme é um dos objetivos deste trabalho, serão demonstradas algumas decisões que, na vivência forense de advogada de estatal, se viu esse contexto de crescimento da jurisprudência, em detrimento da letra fria da lei, a tal ponto de podermos considerar nosso sistema atual um sistema romano-germânico mitigado, ante o avanço que a Jurisprudência tem tido na realidade laborativa do operador do Direito.

1.3 Do pagamento de execuções e cumprimentos de sentenças de empresas públicas federais e o serviço público prestado pela Codevasf

Na linha de entendimento acerca do crescimento de importância e aplicação da jurisprudência, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é possível a aplicabilidade do regime de precatórios judiciais, previsto no art. 100 da Constituição Federal, a empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme ementa de julgado a seguir transcrito:

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 873.319 DISTRITO FEDERAL
RELATOR: MIN. LUIZ FUX
RECTE.(S): COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO - CONAB
ADV.(A/S): CRISTINA MOREIRA SCHIEL E OUTRO(A/S)
RECTE.(S): UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) :ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECD.O.(A/S): RENASCENCA ARMAZENS GERAIS LTDA
ADV.(A/S): CARLA RODRIGUES DA CUNHA LÔBO E OUTRO(A/S)
RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO.
AÇÃO MONITÓRIA. COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB. DECRETO Nº 4.514/2002. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. ARTIGO 730 DO CÓDIGO

DE PROCESSO CIVIL. REGIME DE PRECATÓRIOS. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO.

DECISÃO: Trata-se de recurso extraordinário, manejado com arrimo na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão que assentou, verbis: "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPANHIA NACIONAL DE ABASTECIMENTO – CONAB. EXECUÇÃO. EQUIPARAÇÃO À FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. INAPLICABILIDADE DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 730 DO CPC.

[...]

O recurso merece prosperar.

[...]

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que a execução contra empresa pública que preste serviço público essencial deve ser realizada por intermédio de precatório.[...] [grifo nosso]

O art. 100 da Constituição Federal de 1988 estabelece um sistema específico para as Fazendas Públicas de todas as esferas da Federação pagarem as dívidas contra elas reconhecidas por sentença judicial transitada em julgado. Dessa forma, os bens públicos dessas pessoas jurídicas de direito público são impenhoráveis e, como consequência, não irão ser submetidos à hasta pública.

O pagamento das execuções e dos cumprimentos de sentença são feitos através de precatórios, cujo orçamento da pessoa jurídica deve já ter consignado os valores correspondentes a tais pagamentos, conforme dicção do art. 100, no seu parágrafo 5º, que versa o seguinte:

Art. 100. [...]

§ 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente."

Sendo assim, a Constituição é clara ao dispor que o regime de precatórios é tão somente para pessoas jurídicas de direito público, isso porque os bens dessas pessoas são públicos e, dessa forma, impenhoráveis, impossibilidade de usucapião, impossibilidade de gravame com ônus reais e exigência de autorização legal para a sua alienação.

Os bens das pessoas jurídicas de direito privado, da Administração indireta, são bens privados ou particulares, conforme

o art. 98 do Código Civil, o qual expressa que “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Portanto, por terem bens privados, as sociedades de economia mista não estariam sujeitas ao regime de precatórios. Contudo, conforme visto na decisão do STF citada (uma dentre várias outras que existem),

empresas públicas e sociedades de economia mista que tenham por objeto a prestação de um serviço público, os bens que estejam sendo diretamente empregados nessa atividade sofrem restrições – a exemplo da impenhorabilidade – impostas em atenção ao princípio da continuidade dos serviços públicos. Assim, o regime jurídico aplicável a alguns dos bens dessas entidades coincidirá, total ou parcialmente, com aquele a que se sujeitam os bens públicos. Notem que não é a natureza do bem em si que é levada em consideração; o regime jurídico equivalente ao dos bens públicos é conferido em função, exclusivamente, da destinação específica do bem – e só existe enquanto esta durar, isto é, enquanto o bem estiver sendo diretamente empregado na prestação do serviço público. (ALEXANDRINHO, 2018).

A EBCT (Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos) foi a precursora dessa discussão, pois, no final do ano 2000, o STD, (abrir a sigla) apreciando o recurso extraordinário RE 220.906/DF, decidiu que o pagamento das dívidas da EBCT deveria ser feito por meio de precatórios, considerando os bens da EBCT como públicos, e as demais decisões envolvendo tal empresa continuaram nesse sentido. Ocorre que havia um atenuante em tais decisões é que o Decreto instituidor dessa empresa já mencionava que a EBCT gozava de privilégios que eram concedidos à Fazenda Pública, declarando o STF (RE 220.906/DF) que tal artigo desse decreto foi recepcionado pela Constituição Federal.

A partir daí, o STF estendeu esse entendimento de que os precatórios são aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista que prestem serviços públicos essenciais e próprios do Estado, em condições não concorrenciais (sem competir com empresas do setor privado).

1.3.1 Da prestação de serviço público essencial pela Codevasf

A Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) é uma empresa pública vinculada ao Mi-

nistério da Integração Nacional, que promove o desenvolvimento e a revitalização das bacias hidrográficas dos rios São Francisco, Parnaíba, Itapecuru, Mearim, Paraíba, Mundaú, Jequiá, Tocantins, Munim, Gurupi, Turiaçu e Pericumã, bem como os municípios do estado de Alagoas que não se encontram na bacia hidrográfica do Rio São Francisco, nos estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Goiás, Maranhão, Minas Gerais, Pernambuco, Piauí, Sergipe e o Distrito Federal, conforme disposto na Lei nº 13.507, de 17 de novembro de 2017, a qual alterou a Lei nº 6.088, de 16 de julho de 1974.

A condição da Codevasf de empresa pública dependente do Tesouro é divulgada pelo Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), em lista de empresas dependentes, no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, extraído do seguinte link: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/empresas_estatais/160225_empresas-dependente-tesouro-nacional.pdf.

Tais recursos públicos são utilizados para a construção de obras de infraestrutura, para a implantação de projetos de irrigação e de aproveitamento racional dos recursos hídricos, assim como diversificação de culturas, recuperação de áreas ecologicamente degradadas, capacitação e treinamento de produtores rurais, além da realização de pesquisas e estudos socioeconômicos e ambientais, entre outras ações².

O Decreto nº 8.207, de 13 de março de 2014, determinou que a Codevasf é a Operadora Federal do Projeto de Integração do São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional (PISF)³.

Portanto, dúvidas não pairam quanto à condição da Codevasf de ser prestadora de serviço público essencial, e tal fato foi reconhecido pelo TRT da 5ª Região para a atribuição do regime de precatórios e do *status* de Fazenda Pública quando da execução/cumprimento de sentença contra a Codevasf.

1.3.2 Julgados envolvendo execução/cumprimento de sentença contra a Codevasf: Reconhecimento do Regime de Precatórios para esta no âmbito da Justiça Federal do TRF5

A Primeira Decisão que atribuiu à Codevasf a prerrogativa de fazenda pública de pagamento de cumprimento de sentença por precatório, datada de 16/04/2015, foi na ação de indeniza-

² Informações extraídas do sítio da CODEVASF: www.Codevasf.gov.br

³ Idem nota 2.

ção por Danos Morais⁴, visando à condenação do Distrito de Irrigação Senador Nilo Coelho (Dinc) e da Codevasf ao pagamento de indenização por danos morais, em razão do falecimento de esposa e dois filhos do casal, após o veículo conduzido pela primeira, cair no canal principal do Perímetro Irrigado Senador Nilo Coelho.

Em um dos agravos da Codevasf durante o cumprimento de sentença, em que se estava discutindo a questão do pagamento *pro rata* entre essa e o Distrito de Irrigação Nilo Coelho (Dinc), foi decidido, de ofício, pelo Tribunal Regional Federal, da 5ª Região, a respeito do pagamento por parte da Codevasf ser submetido ao regime de precatórios, nos seguintes termos:

No caso concreto, tem-se por aplicável o rito estabelecido no art. 730 do CPC, pois a CODEVASF é uma empresa pública a prestar serviço estatal obrigatório e exclusivo, nos termos do Decreto nº 8.258/2014. Além disso, restam preenchidos os pressupostos estabelecidos pelo STF na espécie, quais sejam, **inexistência de objetivo precípuo de concorrer com empresa privada e acumular patrimônio para distribuição de lucros**. 2. “O Pleno, no julgamento do Recurso Extraordinário no 225.011/MG, acórdão redigido pelo ministro Maurício Corrêa, concluiu ter a empresa pública direito à execução dos débitos via precatório quando envolvido serviço público”⁵
[...] (grifos da autora)

Tal fato nunca havia ocorrido na prática forense envolvendo os processos da Codevasf. Anteriormente ao processo acima citado, a execução/cumprimento de sentença contra essa empresa pública seguia o rito de qualquer empresa privada. Quando da obrigatoriedade de pagamento da execução, solicitavam-se recursos orçamentários e financeiros ao Setor competente da Codevasf, o qual requeria à Sede e se procedia ao depósito judicial do montante. A partir desse marco, essa decisão foi utilizada como precedente em todas as condenações posteriores da Codevasf, na Justiça Federal de Petrolina, PE, tanto na 8ª Vara Federal quanto na 17ª Vara Federal, como, para exemplificar, as decisões a seguir transcritas, datadas dos anos de 2016 e 2017:

⁴ Processo originário: 00009043920064058308 (17ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Pernambuco, em Petrolina, PE), cujo autor era Mário Roberto Gardenalli e réus, Codevasf e Distrito de Irrigação Nilo Coelho (Dinc)

⁵ Idem nota 4.

PROCESSO Nº: 0800038-17.2014.4.05.8308 - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

EXEQUENTE: JOSE DE SOUZA (e outros)

ADVOGADO: ALEXANDRE JORGE TORRES SILVA (e outros)

EXECUTADO: DISTRITO DE IRRIGAÇÃO DO PERÍMETRO SENADOR NILO COELHO E **CODEVASF**

ADVOGADO: MARIA STELA LIRA BARBOZA DE BRITO (e outro)

17ª VARA FEDERAL - JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO

[...]

5. O Supremo Tribunal Federal possui entendimento firmado de que a execução de sentença contra empresa pública prestadora de serviço público, como é o caso da executada CODEVASF, deve ser efetuada por meio de precatório, em equiparação à Fazenda Pública. (grifos da autora)

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE MONOPÓLIO. SUBMISSÃO AO RITO DO ART. 730 DO CPC. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. REFORMA DO ACÓRDÃO, NESTE PONTO, PARA AFASTAR-SE A INCIDÊNCIA DA LEI 6.830/80. PRELIMINAR DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM, PARA QUE EXAMINE AS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS PELA AGRAVANTE NA APELAÇÃO. 1. A decisão monocrática reformou o acórdão combatido para afastar a incidência da Lei 6.830/80 em favor da aplicação do rito previsto no art. 730 do CPC, pois, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte já se manifestou positivamente acerca dessa possibilidade, no que respeita às empresas públicas prestadoras de serviço público em regime de monopólio, como no presente caso.

[...]

6. Além disso, o Tribunal Regional Federal da 5.ª Região também se manifestou no mesmo sentido em cumprimento de sentença análogo ao presente, que, inclusive, tramitou na presente Vara Federal:

[...].

[30/08/2016]

PROCESSO Nº 0800572-24.2015.4.05.8308 - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

AUTOR: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SAO FRANCISCO E DO PARNAIBA

ADVOGADO: MARIA STELA LIRA BARBOZA DE BRITO RÉU: ALONSO ALENCAR DE ARAUJO

ADVOGADO: MANOEL RAFAEL DE OLIVEIRA NETO
17ª VARA FEDERAL - JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO

DECISÃO:

[...]

2. Compulsando os autos, verifico que a parte ré requereu a execução do julgado nos termos do art. 523 e seguintes do Novo Código de Processo Civil, mas tal pedido ainda não foi apreciado, portanto, não há falar em chamar o feito à ordem para que a execução do julgado seja procedida na forma do art. 534 e seguintes do Novo Código de Processo Civil, uma vez que não há, nestes autos, decisão em sentido contrário.

[06/09/2016]

PROCESSO Nº: 0800017-41.2014.4.05.8308 - PROCEDIMENTO COMUM

AUTOR: LUCIANO CYRENO FERRAZ

ADVOGADO: Camila Almeida De Godoy

RÉU: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALORES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (CODEVASF)

ADVOGADO: Maria Stela Lira Barboza De Brito e outro

17ª VARA FEDERAL - PE (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)

[...]

5. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal possui entendimento firmado de que a execução de sentença contra empresa pública prestadora de serviço público, como é o caso da executada CODEVASF, deve ser efetuada por meio de precatório, em equiparação à Fazenda Pública.

- " AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE MONOPÓLIO. SUBMISSÃO AO RITO DO ART. 730 DO CPC. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. REFORMA DO ACÓRDÃO, NESTE PONTO, PARA AFASTAR-SE A INCIDÊNCIA DA LEI 6.830/80. PRELIMINAR DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM, PARA QUE EXAMINE AS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS PELA AGRAVANTE NA APELAÇÃO. 1. A decisão monocrática reformou o acórdão combatido para afastar a incidência da Lei 6.830/80 em favor da aplicação do rito previsto no art. 730 do CPC, pois, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte já se manifestou positivamente acerca dessa possibilidade, no que respeita às empresas públicas prestadoras de serviço público em regime de monopólio, como no presente caso. Precedentes: REsp. 1.086.745/SE, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 04.05.2009, e REsp. 729.807/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13.11.2009. 2. Assim, ainda que apenas a citação válida interrompa a prescrição (AgRg no REsp. 1.235.574/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2012), ex vi do art. 219 do CPC,

sendo esta a razão pela qual fora reconhecida pelo Magistrado de piso, há que se devolver os autos ao Tribunal de origem, para que este examine as demais questões relativas à preliminar de prescrição suscitadas pela agravante na Apelação, como a incidência do enunciado 106 da Súmula de jurisprudência desta Corte ou a possibilidade de retroação dos efeitos da citação à propositura da demanda. 3. Agravo Regimental provido em parte." (STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1266809, Primeira Turma, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE Data:30/5/2014). 6. Assim, **tratando-se de execução contra a Fazenda Pública, deve ser intimada a executada CODEVASF, nos termos do art. 535 do Novo Código de Processo Civil.** (grifos da autora)
[26/06/2017]

As decisões do ano corrente continuaram no mesmo sentido, sendo até mesmo determinadas de ofício pelo Juízo, já que, anteriormente, era feito um requerimento pela Codevasf, para que o pagamento fosse efetuado por precatório quando do cumprimento de sentença.

PROCESSO Nº 0800063-88.2018.4.05.8308 - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA
EXEQUENTE: ICARO GABRIEL SOUZA TRAJANO E OUTROS
ADVOGADO: EMANUEL VALE CAVALCANTE
EXECUTADO: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (CODEVASF) E OUTRO
ADVOGADO: SYNARA INÁCIA BARROS AMARO FERREIRA ROCHA E OUTROS
8ª VARA FEDERAL - JUIZ FEDERAL
[...]

Considerando que a CODEVASF é uma empresa pública prestadora de serviço público, equipara-se à Fazenda Pública, devendo, portanto, a execução de sentença contra ela ser efetuada por meio de precatório. Neste sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL CONTRA EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME DE MONOPÓLIO. SUBMISSÃO AO RITO DO ART. 730 DO CPC. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. REFORMA DO ACÓRDÃO, NESTE PONTO, PARA AFASTAR-SE A INCIDÊNCIA DA LEI 6.830/80. PRELIMINAR DE MÉRITO: PRESCRIÇÃO. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM, PARA QUE EXAMINE AS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS PELA AGRAVANTE NA APELAÇÃO. 1. A decisão monocrá-

tica reformou o acórdão combatido para afastar a incidência da Lei 6.830/80 em favor da aplicação do rito previsto no art. 730 do CPC, pois, na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta Corte já se manifestou positivamente acerca dessa possibilidade, no que respeita às empresas públicas prestadoras de serviço público em regime de monopólio, como no presente caso. Precedentes: RResp. 1.086.745/SE, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJe 04.05.2009, e RResp. 729.807/RJ, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 13.11.2009. 2. Assim, ainda que apenas a citação válida interrompa a prescrição (AgRg no RResp. 1.235.574/PR, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2012), ex vi do art. 219 do CPC, sendo esta a razão pela qual fora reconhecida pelo Magistrado de piso, há que se devolver os autos ao Tribunal de origem, para que este examine as demais questões relativas à preliminar de prescrição suscitadas pela agravante na Apelação, como a incidência do enunciado 106 da Súmula de jurisprudência desta Corte ou a possibilidade de retroação dos efeitos da citação à propositura da demanda. 3. Agravo Regimental provido em parte." (STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1266809, Primeira Turma, Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE Data: 30/5/2014).

Na mesma linha, eis o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região em casos análogos:

- "AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRESA PÚBLICA. REALIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO OBRIGATÓRIO DO ESTADO. INEXISTÊNCIA DE OBJETIVO PRECÍPUO DE CONCORRÊNCIA COM EMPRESA PRIVADA, ACUMULAÇÃO DE PATRIMÔNIO E DE DISTRIBUIÇÃO DE LUCRO. SUBMISSÃO AO REGIME DE PRECATÓRIO. PRECEDENTES DO STF E DO PLENO DESTA TRIBUNAL. EXCLUSÃO NA FASE DE EXECUÇÃO DO DEVEDOR SOLIDÁRIO. PAGAMENTO INTEGRAL PELA PARTE REMANESCENTE. AFRONTA À COISA JULGADA. RECURSO PROVIDO. 1. No caso concreto, tem-se por aplicável o rito estabelecido no art. 730 do CPC, pois a CODEVASF é uma empresa pública a prestar um serviço estatal obrigatório e exclusivo, nos termos do Decreto n.º 8.258/2014. Além disso, restam preenchidos os pressupostos estabelecidos pelo STF na espécie, quais sejam, inexistência de objetivo precípuo de concorrer com empresa privada e acumular patrimônio para distribuição de lucros. 2. "O Pleno, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 225.011/MG, acórdão redigido pelo ministro Maurício Corrêa, concluiu ter a empresa pública direito à execução dos débitos via precatório quando envolvido serviço público". Do RE 334225 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, ACÓRDÃO ELE-

TRÔNICO DJe-068 DIVULG 04-04-2014 PUBLIC 07-04-2014. 3. "AGRAVO REGIMENTAL. DEVOLUÇÃO PELO STF. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO DE PRESTAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO ESTADO. EMSURB. EXECUÇÃO DE ATIVIDADE SEM QUE TENHA FICADO DEMONSTRADO NOS AUTOS SE TRATAR DE EMPRESA PÚBLICA QUE COMPETIRIA COM PESSOAS JURÍDICAS PRIVADAS OU QUE TERIA POR OBJETIVO PRIMORDIAL ACUMULAR PATRIMÔNIO E DISTRIBUIR LUCROS. SUJEIÇÃO AO REGIME DE PRECATÓRIO. ADEQUAÇÃO DO ACÓRDÃO AO RE 599628, RED. P/ ACÓRDÃO MIN. JOAQUIM BARBOSA. IRRELEVÂNCIA, NO CASO, QUANTO AO FATO DO PARADIGMA TER APRECIADO SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. IMPROVIMENTO". (PROCESSO: 20070500015574002, AGA75539/02/SE, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, Pleno, JULGAMENTO: 06/08/2014, PUBLICAÇÃO: DJE 13/08/2014 - Página 38). 4. A sentença trânsito em julgado, e neste ponto sem qualquer alteração pelo Acórdão lavrado na Apelação Cível n.º 435.515-PE, determinou o pagamento da indenização pro rata entre a agravante e o DISTRITO DE IRRIGAÇÃO DO PERÍMETRO SENADOR NILO COELHO. Ora, a opção do credor em requerer o cumprimento de sentença em relação a apenas um dos réus condenados não legitima que este arque integralmente com a reparação financeira, pois, afinal, são pessoas jurídicas distintas, autônomas e economicamente independentes. Afronta à coisa julgada. Agravo de instrumento provido". (TRF 5.ª Região, Agravo de Instrumento n.º 138655/PE, Primeira Turma, Desembargador Federal JOSÉ MARIA LUCENA, 16/04/2015, p. 71)

Desta feita, tratando-se de execução contra a Fazenda Pública, deve primeiramente ser citada a executada CODEVASF, nos termos do art. 910, do novo Código de Processo Civil.

[...]
06/04/2018.

PROCESSO Nº 0800009-59.2017.4.05.8308 - PROCEDIMENTO COMUM

AUTOR: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO EDO PARNAÍBA (CODEVASF)

RÉU: GERALDO OLINDA DE SOUZA E OUTRO

ADVOGADO: CARLOS EDUARDO NASCIMENTO DE OLINDA E OUTROS

17ª VARA FEDERAL - JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO

DESPACHO: Retifique-se a classe processual para Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública.

2. INTIME-SE o(a) executado(a) para, caso queira, impugnar a execução no prazo de trinta dias (art. 535

do Novo Código de Processo Civil). No caso de excesso de execução, fica o(a) executado(a) ciente da necessidade de indicar o

valor incontroverso, sob pena de não conhecimento dessa alegação (art. 535, § 2.º, do Novo Código de Processo Civil).

3. Considerando o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal nas ADINs n. 4.357 e 4.425, deixo de me manifestar sobre a compensação prevista no art. 100, §§ 9º e 10º, da CF/88, advindos da EC n. 62/2009.

4. Caso seja apresentada impugnação ao cumprimento de sentença, INTIME-SE o(a) exequente para manifestar-se, no prazo de quinze dias.

5. Decorrido "*in albis*" o prazo para impugnação ou estando as partes acordes quanto ao valor devido, expeçam-se os requisitos pertinentes.

6. Cumpra-se.

Petrolina/PE, 09 de fevereiro de 2018.

Já a decisão a seguir emanou da 21ª Vara Federal de Recife e, diferentemente das anteriores que se restringiam a 8ª e 17ª Varas federais, em Petrolina, e que tratavam do cumprimento de sentença contra a Codevasf, a próxima decisão versa da execução de título extrajudicial, também considerando a Codevasf como Fazenda Pública, seguindo-se o rito desta, os prazos e posterior pagamento por precatórios:

PROCESSO Nº: 0806491-13.2018.4.05.8300 - **EXECUÇÃO DE TÍTULO**

EXTRAJUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

EXEQUENTE: NOVATEC CONSTRUÇÕES E EMPREENDIMENTOS LTDA

ADVOGADO: Fernando Petrucio Friedheim Junior

ADVOGADO: Erika De Barros Lima Ferraz

EXECUTADO: COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA (CODEVASF)

21ª VARA FEDERAL - PE (JUIZ FEDERAL SUBSTITUTO)
DECISÃO

Chamo o feito à ordem para revogar os despachos validados em 29.05.2018 e 05.06.2018, **por ser a parte executada a Fazenda Pública** (Id. 5451760 e Id. 5495341).

Defiro o pedido de gratuidade judiciária, pois declarada a impossibilidade de suportar os custos da demanda (art. 99, §3º, CPC).

Cite-se a parte executada a opor embargos no prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 910, do CPC. [grifo nosso]

[04/07/2018]

Por que mencionar essas decisões? Apesar de tal entendimento já estar bastante consolidado, há vários juízes que não aplicam dessa maneira. Para exemplificar, a Codevasf possui oito Superintendências Regionais espalhadas pela sua área de atuação Brasil afora; no entanto, o entendimento anteriormente esposado atualmente está sendo visto com maior abrangência e frequência no âmbito da Justiça Federal de Pernambuco, com forte tendência para se espalhar pelas outras Cortes Regionais.

Até o momento, teceram-se considerações no presente artigo a respeito das prerrogativas de Fazenda Pública estendidas à Codevasf no âmbito da execução e do cumprimento de sentença.

1.3.3 Outras prerrogativas de Fazenda Pública conferidas à Codevasf

A tendência jurisprudencial é tamanha de se conferirem prerrogativas de Fazenda Pública à Codevasf que, na Subseção de Juazeiro, na Bahia, no processo de nº 2684-81.2015.4.05.3305, cujo autor era Hidrosondas Hidrogeologia e Construção Ltda e a ré, a Codevasf, o Juízo, quando da prolação da sentença, determinou o seguinte:

Pelo exposto, com arrimo no art. 485, inciso VI, do CPC, EXTINGO O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO quanto ao pedido de pagamento das faturas em aberto e, nos termos do art. 487, I, do CPC, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de indenização por danos morais. [...]

Processo sujeito a reexame necessário, na forma do artigo 496, I, do Código de Processo Civil.

Tal julgado determinou que o processo em que a Codevasf é parte fosse sujeito ao reexame necessário, procedimento esse inerentemente pertencente à Fazenda Pública enquanto pessoa jurídica de direito público.

Nesse mesmo contexto é que as citações de julgados a seguir adentram em outra temática e reconhecem à Codevasf a prerrogativa da imunidade tributária recíproca, portanto, equiparada à Fazenda Pública,

Processo Nº 0002360-61.2015.4.01.3315 - 1ª VARA - BOM J. Da LAPA

Autor : COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA – CODEVASF
Réu : FAZENDA NACIONAL

a) **reconheço a extensão da imunidade tributária recíproca à CODEVASF, na qualidade de empresa pública federal, prestadora de serviços públicos**, relativamente aos imóveis rurais descritos na peça inicial (fl. 04); b) defiro a tutela de urgência para **suspender a exigibilidade dos créditos tributários do ITR dos referidos imóveis rurais**, os quais foram lançados em 30/09/2016 e não pagos pela parte autora; c) **determino o cancelamento dos créditos tributários dos ITR's constituídos**; d) determino à SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL que se abstenha de lançar eventuais créditos tributários do ITR sobre os imóveis citados, de propriedade da CODEVASF, bem como de incluir os dados da autora nos cadastros de restrição de crédito e inadimplência, e que retire tal registro, caso já tenha efetuado; e) **condeno a FAZENDA NACIONAL a restituir os valores recolhidos indevidamente pela CODEVASF, nos últimos 5 (cinco) anos, a título de ITR, com correção monetária pela taxa SELIC, desde a data do pagamento indevido, acrescido de juros de mora a partir do trânsito em julgado**; f) condeno a parte ré ao pagamento de honorários sucumbenciais, nos moldes do art. 85, caput, §3º, do CPC, cujos percentuais serão definidos quando liquidado o julgado, conforme preleciona o art. 85, §4, II, do CPC. [grifo nosso]

PROCESSO Nº: 0801096-72.2015.4.05.8000:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, INCISO VI, ALÍNEA "A" E PARÁGRAFOS 2º E 3º. CODEVASF. ITR. RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DO COLENDADO STF E DESTA CORTE. VERBA HONORÁRIA. FIXAÇÃO EM VALOR EXORBITANTE. DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Apelação contra sentença que julgou procedente pedido para declarar a inexistência da relação jurídica tributária entre a CODEVASF e União quanto à cobrança de ITR e determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

2. **A jurisprudência do STF orienta-se no sentido de que a imunidade recíproca deve ser reconhecida em favor das empresas públicas que prestam serviços públicos** (RE nº 407099, Rel. Min. Carlos Velloso; RE nº 773992, Rel. Min. Dias Toffoli, Pleno, julgado em 15/10/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral -Mérito, DJe 19/02/2015; ACO-AgR nº 1331, Luiz Fuz).

3. **Verificada a prestação de serviços públicos pela CODEVASF, como do desenvolvimento integrado de áreas prioritárias e a implantação de distritos agroindustriais e agropecuários; reali-**

zação de obras de infraestrutura; obras de saneamento básico, eletrificação e transportes; implementação de projetos voltados à estruturação dos meios de produção e comercialização de determinada atividade econômica, deve ser reconhecida a imunidade tributária. (grifos da autora)

4. Precedente desta Corte: AR 00041197620104050000, Des. Federal Leonardo Resende Martins, Pleno, DJe 10/11/2010.

5. A jurisprudência do colendo STJ é pacífica na esteira de que é possível a alteração dos honorários advocatícios quando o valor arbitrado é exorbitante ou irrisório.

6. In casu, a sentença fixou em 10% sobre o valor da causa, (equivalente a R\$16.279,94), quantia essa que é exorbitante para o deslinde que teve a demanda. Diminuição dos honorários para R\$8.000,00 (cerca de 5% do valor da causa).

7. Apelação e remessa oficial parcialmente providas.

ACÓRDÃO: Decide a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos do voto do relator, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes nos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado
RELATOR(A): DESEMBARGADOR(A) FEDERAL MANUEL MAIA DE VASCONCELOS NETO- 4ª TURMA

APELAÇÃO CÍVEL 2009.34.00.012640-3/DF

PROCESSO NA ORIGEM: 125563920094013400

RELATORA: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE ALMEIDA

APELANTE: ENERGISA SERGIPE - DISTRIBUIDORA DE ENERGIA SA

ADVOGADO: JOSE ROLLEMBERG LEITE NETO E OUTROS(AS)

O REsp 929758 DF 2007/0040274-3, do Relator Ministro Humberto Martins, publicado no DJe em 14/12/2010, por sua vez, declarou que a prescrição quinquenal prevista no Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, cujo artigo 1º versa que “as dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem”, se estende, também, à Codevasf.

DIREITO ADMINISTRATIVO. CODEVASF. EMPRESA ESTATAL PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. ATUAÇÃO ESSENCIALMENTE ESTATAL. INFLUXO MAI-

OR DE NORMAS DE DIREITO PÚBLICO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. APLICABILIDADE DA SÚMULA 39/STJ RESTRITA A EMPRESAS QUE explorem A ATIVIDADE ECONÔMICA.

[...]

2. A atividade essencial desempenhada pela CODEVASF, que fez com que a Corte de origem a qualificasse como uma empresa pública prestadora de serviço público, é matéria fática, motivo pelo qual, não pode ser revista por este Tribunal Superior, em razão do óbice imposto pela Súmula 7/STJ.

3. As empresas estatais podem atuar basicamente na exploração da atividade econômica ou na prestação de serviços públicos, e coordenação de obras públicas.

4. Tais empresas que exploram a atividade econômica - ainda que se submetam aos princípios da administração pública e recebam a incidência de algumas normas de direito público, como a obrigatoriedade de realizar concurso público ou de submeter a sua atividade-meio ao procedimento licitatório - não podem ser agraciadas com nenhum beneplácito que não seja, igualmente, estendido às demais empresas privadas, nos termos do art. 173, § 2º da CF, sob pena de inviabilizar a livre concorrência.

5. Aplicando essa visão ao tema constante no recurso especial, chega-se à conclusão de que a Súmula 39/STJ - que determina a não aplicabilidade do prazo prescricional reduzido às sociedades de economia mista - deve ter interpretação restrita, de modo a incidir apenas em relação às empresas estatais exploradoras da atividade econômica.

6. Por outro lado, as empresas estatais que desempenham serviço público ou executam obras públicas recebem um influxo maior das normas de direito público. Quanto a elas, não incide a vedação constitucional do art. 173, § 2º, justamente porque não atuam em região onde vige a livre concorrência, mas sim onde a natureza das atividades exige que elas sejam desempenhadas sob o regime de privilégios.

7. Pode-se dizer, sem receios, que o serviço público está para o estado, assim como a atividade econômica em sentido estrito está para a iniciativa privada. A prestação de serviço público é atividade essencialmente estatal, motivo pelo qual, as empresas que a desempenham sujeitam-se a regramento só aplicáveis à Fazenda Pública. São exemplos deste entendimento as decisões da Suprema Corte que reconheceram o benefício da imunidade tributária recíproca à Empresa de Correios e Telégrafos - ECT, e à Companhia de Águas e Esgotos de Rondônia - CAERD. (RE 407.099/RS e AC 1.550-2).

8. Não é por outra razão que, nas demandas propostas contra as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, **deve-se aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32**. Precedentes: (REsp 1.196.158/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.8.2010, DJe 30.8.2010), (AgRg no AgRg no REsp 1.075.264/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.12.2008, DJe 10.12.2008). Recurso especial conhecido em parte e improvido. (grifos nossos)

Em que pese a ênfase dada ao presente artigo ter sido a atribuição de precatórios à Codevasf, enquanto prestadora de serviço público essencial, optou-se por mostrar, também os julgados anteriormente citados que estendem outras prerrogativas à dita empresa pública federal, como forma de mostrar as profundas mudanças na aplicação da lei processual civil com papel ativo da jurisprudência e servir de parâmetros para consultas de outros advogados estatais.

Conclusão

As constatações da realidade vigente e apresentadas somente foram possíveis a partir de estudos envolvendo o cenário jurídico em que as empresas públicas federais estão inseridas. Transformações do Direito e, principalmente, o Direito Processual Civil, norteador da atividade de todo advogado, devem ser de interesse primário em nossos apontamentos.

A jurisprudência, conforme exposto, é uma fonte do Direito que está em constante ascendência, mitigante de nosso sistema eminentemente romano-germânico, cujo primado da lei reinava absoluto. Os preceitos dos tribunais devem ser usados como forma de defesa do interesse público, afinal, em que pesem empresas públicas não serem pessoas jurídicas de direito público, não deixam de ser compostas por agentes públicos que estão lidando com recursos, atos e atividades públicas e privadas.

O êxito nas ações nas quais as empresas públicas e sociedades de economia mista são demandadas ou demandantes depende, sobremaneira, da atuação do advogado estatal em sua árdua tarefa de estudo, pesquisa e interação com estudiosos da área. Dessa maneira, em que pese ter demonstrado uma empresa pública específica, ao se redigir este trabalho, espera-se que tenha havido uma pequena contribuição para o labor forense diário.

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. **Empresas Estatais e Regime de Precatórios**. Disponível em: <<https://www.pontodosconcursos.com.br/artigo/14288/marcelo-alexandrino/empresas-estatais-e-regime-de-precatorios>>. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

CODEVASF. **Institucional**. Disponível em: <<http://www2.codevasf.gov.br/empresa>>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 15^a ed. Rev. Atual. Amp. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, decisão, dominação. 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. **Lista de empresas estatais dependentes do Tesouro Nacional**. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/dest/empresas_estatais/160225_empresas-dependente-tesouro-nacional.pdf>. Acesso em: 17 de setembro de 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 28^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Os princípios da mediação e conciliação no Novo Código de Processo Civil

Giselle Daussen Capella

Advogada do Banco do Brasil em Santa Catarina

Pós-graduada em Direito Administrativo e

Administração Pública pela Faculdade CESUSC

Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro

Universitário UNINTER

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil com relação aos métodos alternativos para solução de conflitos. Os institutos da mediação e conciliação, a partir da publicação da Lei de Mediação e da instituição do Novo Código de Processo Civil de 2015, ganharam força no mundo jurídico para viabilizar o amplo acesso à justiça e a entrega efetiva da prestação jurisdicional. Com o intuito de trazer celeridade, eficiência e desjudicializar as relações, a conciliação e mediação podem ser aplicadas judicial ou extrajudicialmente. O método utilizado para o desenvolvimento do artigo foi o dedutivo, pois a pesquisa partiu de uma análise do geral para o particular. Primeiramente, fez-se um breve estudo acerca dos conceitos e das características da mediação e a conciliação, suas vantagens como método de acesso à justiça, previsões legislativas e, posteriormente, foram abordados os princípios previstos no novo CPC. Os princípios da conciliação e mediação devem ser observados para que se consiga alcançar com efetividade o resultado almejado.

Palavras-chave: Mediação. Conciliação. Princípios. Novo CPC.

ABSTRACT

This article aims to analyze the innovations brought by the New Code of Civil Procedure with respect to alternative methods for conflict resolution. The institutes of mediation and conciliation since the publication of the Law of Mediation and the institution of the New Code of Civil Procedure of 2015, gained strength in the juridical world to make possible the wide access to justice and the effective delivery of the jurisdictional provision. In order to bring celerity, efficiency and harm to relationships, conciliation and mediation can be applied judicially

or extrajudicially. The method used for the development of the article was the deductive, since the research started from an analysis from the general to the particular. Firstly, a brief study was made of the concepts and characteristics of mediation and conciliation, its advantages as a method of access to justice, legislative forecasts and later the principles foreseen in the new CPC. The principles of conciliation and mediation must be observed so that the desired result can be effectively achieved.

Keywords: Mediation. Conciliation. Principles. New CPC.

Introdução

Nos últimos anos, com a crise do Poder Judiciário decorrente da demora na prestação jurisdicional, a conciliação e a mediação têm sido vistas como um excelente instrumento de resolução de conflitos, pois alcançam o objetivo das partes envolvidas de maneira mais rápida, prática, com menos desgaste emocional e financeiro.

A conciliação e a mediação são formas de resolução de conflitos em que um terceiro, neutro e imparcial, facilita o entendimento entre as partes, para que os interesses sejam atendidos, buscando um acordo para resolver a questão em discussão. A diferença entre os institutos é que na conciliação o objetivo é resolver uma questão pontual, enquanto que na mediação é uma relação continuada.

O presente artigo analisa como o Novo Código de Processo Civil abordou a mediação e a conciliação e quais princípios norteiam esses métodos alternativos de solução de conflitos.

O tema a ser tratado é de grande relevância para os operadores do Direito e para a sociedade em geral, pois, com as inovações trazidas pelo novo CPC em relação à mediação e à conciliação como alternativas para solução de conflitos, está sendo possível desjudicializar as relações e alcançar efetivamente e de maneira mais rápida o acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil inova a legislação anterior ao valorizar o diálogo, a autocomposição, a participação efetiva das partes e dos procurados como agentes proativos no processo.

Assim, estudar os princípios que norteiam a mediação e conciliação é interessante para que se conheçam a fundo as premissas que fundamentam esses institutos e fazer com que cada vez mais pessoas tenham conhecimento dessas formas alternativas de solução de conflitos, como opção ao tradicional meio de acesso à justiça pela via judicial.

Os princípios devem ser seguidos pelos conciliadores e mediadores para que atinjam o objetivo com sucesso, ou seja, que cada vez mais litígios judiciais ou extrajudiciais sejam resolvidos de forma pacífica e rápida através dos meios autocompositivos.

O objeto do estudo é analisar as principais características da mediação e conciliação, apontar como o novo CPC tratou esses institutos como meios alternativos à solução de conflitos, descrever as vantagens da conciliação e mediação para alcançar o efetivo acesso à justiça e examinar os princípios previstos no novo CPC.

Os princípios previstos no novo CPC que devem ser observados na mediação e conciliação são os seguintes: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada.

1 Métodos consensuais de solução de conflitos

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, a qual instituiu o Novo CPC, ao incentivar a solução consensual de conflitos, surge como forma de política pública para dar efetividade aos direitos e às garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, especialmente o direito à razoável duração do processo.

Sabe-se que, com a cultura instaurada no país de judicializar os conflitos, o número de demandas no Poder Judiciário tem aumentado significativamente e, somando com o excesso de formalismo, acarreta uma extrema morosidade em entregar efetivamente a prestação jurisdicional e chegar ao final do litígio.

Para combater essa falta de efetividade e garantir aos cidadãos o amplo acesso à justiça e a razoável duração do processo, algumas medidas têm sido adotadas, dentre elas, incentivar a solução consensual dos conflitos.

O artigo 3º do Novo CPC dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, através da conciliação, da mediação e de outros métodos, os quais deverão ser estimulados por todos – juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015a)

Conforme reconhece Tartuce (2015, p.1b), “alinhado à tendência verificada em diversos ordenamentos e aplicada em Cortes de Justiça em variadas localidades, o Novo Código de Processo Civil investe intensamente na promoção dos meios consensuais em juízo”.

O propósito da norma é mudar a cultura de todos os profissionais do Direito para que não utilizem o litígio como primeira

opção e que procurem alternativas a fim de solucionar o conflito de modo consensual e pacífico.

Assim, consagra a importância da autocomposição através do incentivo aos métodos de solução consensual de conflitos, especialmente a mediação e a conciliação, mediante um sistema multiportas.

Como preceitua Nascimento (2011, p.1412-1413), “a autocomposição é a técnica de solução dos conflitos coletivos pelas próprias partes, sem emprego de violência, mediante ajustes de vontade”.

Sobre o sistema multiportas:

Esta nova regra processual vem assegurar um novo sistema multiportas na busca da pacificação dos conflitos a fim de que outros meios alternativos ao Poder Judiciário, como a mediação e a conciliação, sejam buscados pelos operadores do Direito, antes se instaurar uma demanda que verse sobre direitos transigíveis. Estes métodos se caracterizam, basicamente, por serem autocompositivos, ou seja, não se busca num terceiro a solução do conflito, ao contrário, devolve-se as partes o diálogo e o poder de negociação, através do estímulo e do auxílio dos mediadores e conciliadores, profissionais dotados de neutralidade e capacitados para favorecer a busca do consenso. E neste aspecto se diferem da arbitragem, outro método também alternativo ao Poder Judiciário, mas que, assim como a jurisdição estatal, é heterocompositivo, onde as partes elegem um terceiro para “julgar” o conflito, favorecendo à mesma política implantada há séculos, quando o Estado passou a intervir nos conflitos de modo impositivo, surgindo o processo judicial. (FERNANDES, 2017)

Portanto, os métodos autocompositivos em que as partes são estimuladas ao diálogo pelos mediadores e conciliadores para alcançarem uma solução para o litígio que satisfaça os interesses de ambas estão sendo estimulados, em detrimento dos métodos heterocompositivos, em que a solução é delegada a um terceiro.

Mesmo antes do advento do Novo Código de Processo Civil, já existia um importante instrumento normativo sobre mediação e conciliação: a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a qual instituiu a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, definiu o papel do Conselho Nacional de Justiça como organizador dessa política pública no âmbito do Poder Judiciário, estabeleceu a criação, pelos tribunais, dos centros de solução de conflitos e cidadania, definiu a atuação do mediador e do conciliador, dentre outras questões. (DIAS e FARIA, 2016, p. 23)

Além do destaque dado pelo legislador à mediação e à conciliação no Novo CPC, também aprovou a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (BRASIL, 2015b), que dispõe sobre a mediação judicial e extrajudicial como meios de solução de controvérsias entre particulares e trata da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. (DIAS e FARIA, 2016, p. 24)

O Novo CPC tratou, com maior evidência, da mediação judicial, ou seja, aquela que se desenvolve dentro do sistema judiciário, cabendo à norma especial anteriormente referida regulamentar a mediação no âmbito extrajudicial. (DIAS e FARIA, 2016, p. 31)

2 A mediação e conciliação no Novo CPC

A Lei nº 13.140/15, em seu artigo 1º, parágrafo único, estabeleceu o conceito de mediação:

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015b).

Para Serpa (1997, p. 105), mediação é um:

Processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como o agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalizador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas.

Já para Barcellar (2003, p. 66), a conciliação pode ser compreendida como:

Um processo técnico (não intuitivo), desenvolvido pelo método consensual, na forma autocompositiva, em que terceiro imparcial, após ouvir as partes, orienta-as, auxilia, com perguntas, propostas e sugestões a encontrar soluções (a partir da lide) que possam atender aos seus interesses e as materializa em um acordo que conduz à extinção do processo judicial.

De acordo com o Novo CPC, art. 166, § 3º, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido víncu-

lo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedado que se valha de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. (BRASIL, 2015a)

Já o mediador, “que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos” (art. 166, § 4º). (BRASIL, 2015a)

Assim, a conciliação difere da mediação, enquanto naquela o conciliador tem uma postura ativa na resolução do conflito, nesta o mediador procura facilitar o diálogo e restaurar a comunicação entre as partes. (SOUZA, 2009, p. 206).

Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 34) abordam uma importante diferença entre os métodos da conciliação e da mediação:

Os interessados utilizam a intermediação de um terceiro, particular, para chegarem à pacificação de seu conflito. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo.

De acordo com DIAS e FARIA:

Tanto na mediação quanto na conciliação, tem-se a figura de um terceiro, imparcial, com a função de auxiliar os envolvidos, a quem não cabe resolver o problema, mas exercer um papel de incentivador da solução do conflito. O conciliador tem um papel mais ativo, pois além de conduzir o diálogo, apresenta propostas e sugestões para a solução do conflito. Já o mediador tem uma atuação mais reservada, abstendo-se de propostas ou sugestões, porém, através do seu conhecimento técnico, acompanha o diálogo e atua no sentido de esclarecer aspectos inerentes às questões litigiosas que podem colaborar para que as partes alcancem um consenso. (DIAS e FARIA, 2016, p. 27)

Entretanto, embora a mediação e a conciliação tenham suas especificidades, o objetivo no presente estudo é tratá-las sem muita distinção, pois os dois métodos são autocompositivos e estão previstos na lei como métodos alternativos de solução de conflitos.

As semelhanças da mediação e da conciliação podem ser observadas, inclusive, nos princípios que regem os dois métodos. O art. 166, *caput* e §§1º e 4º, CPC/15, não distingue os princípios informadores de ambos. (DIAS e FARIA, 2016, p. 28)

O Novo Código de Processo Civil trouxe várias inovações para incentivar a resolução de conflitos pelos métodos consensuais, passou a considerar os conciliadores e mediadores como auxiliares da justiça (art. 149 do CPC) e previu a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (artigo 165 do CPC).

Conforme preleciona Almeida (2015, p. 291):

No novo CPC, os mediadores judiciais foram tratados como auxiliares da justiça, ao lado dos peritos, escrivães, tradutores (Livro I, Capítulo III, Seção V). O tratamento conferido pelo NCPC é revelador no que diz respeito ao tipo de mediação que ele pretende disciplinar, a mediação judicial.

Os Tribunais deverão manter um cadastro atualizado de mediadores e conciliadores, devidamente capacitados, constando no registro a respectiva área de atuação de cada profissional cadastrado, como trata o art. 167, do CPC/15 (BRASIL, 2015a).

Entretanto, prevê o art. 168 do CPC que os próprios interessados podem livremente escolher um mediador ou conciliador, mesmo que não esteja cadastrado no Tribunal. (BRASIL, 2015a)

As partes também poderão estabelecer, em comum acordo, um negócio jurídico processual, através de cláusula contratual ou compromisso negocial, prevendo o encaminhamento prévio de um litígio para um conciliador ou mediador específico, ou, ainda, para uma Câmara de Mediação, o que poderá ser feito antes mesmo de se ajuizar uma ação, nos moldes do art. 190 do CPC/15. (DIAS e FARIAS, 2016, p. 25)

O legislador também avançou estipulando a regra de encaminhamento à conciliação ou à mediação, prevista no artigo 334 do Novo CPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação. O parágrafo 4º do mesmo artigo determina que a audiência apenas não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição. Além disso, o parágrafo 8º desse mesmo artigo dispõe também que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação deve ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sujeito a pena de multa.. (AZEVEDO e BUZZI, 2016)

A lei também prevê no art. 359 que, antes de sentenciar um processo, o juiz será obrigado a promover a tentativa de conciliação entre as partes, independentemente de ter empregado anteriormente esforços ou outros meios de solução consensual de conflitos. (FARIAS, 2016, p. 36)

Outra novidade trazida pelo Novo CPC foi a criação das Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação, previstas no art. 167 do Novo CPC. São empresas devidamente capacitadas e habilitadas que, em conjunto com mediadores e conciliadores, atuarão na pacificação de conflitos judiciais e extrajudiciais, ou seja, em demandas já ajuizadas perante o Poder Judiciário, bem como em caráter preventivo, evitando a instauração de novos processos. (FERNANDES, 2017)

De acordo com FERNANDES:

A atuação das câmaras, pelas razões já explicitadas anteriormente, não se confunde com as cortes de arbitragem, já previstas em leis anteriores e há muito em bom funcionamento no Brasil. Também não se confunde com a função jurisdicional, vez que será realizada por particulares que atuarão como “auxiliares” da Justiça. Além da sua previsão no novo CPC, encontrasse regulamentada pela lei 13.140/15, considerada o marco da mediação no Brasil, bem como pelas diretrizes da Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, que implantou a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos. (FERNANDES, 2017)

Portanto, observa-se que a conciliação e a mediação devem ser estimuladas a qualquer momento processual, não apenas na audiência de conciliação e que o objetivo do Novo CPC é buscar o diálogo e a cooperação das partes na busca da resolução do conflito.

Tanto a mediação quanto a conciliação podem e devem ser estimuladas em qualquer momento processual, não apenas na audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, CPC/15), mas também a qualquer momento do processo, inclusive durante a audiência de instrução e julgamento, conforme dispõe o art. 359, CPC/15. “Instalada a audiência, o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”. (BRASIL, 2015a, p.69). (DIAS e FARIAS, 2016, p. 28)

O Novo Código de Processo Civil, através do princípio da cooperação processual, constrói um diálogo entre o julgador e

as partes que impõe deveres e obrigações recíprocos. (OTTONI, 2016).

Verifica-se uma mudança de paradigma quanto à forma de encarar os litígios, mediante a composição como regra na fase pré-processual e processual, desestimulando a cultura do litígio.

O CPC/2015 surge como forma de política pública, no intuito de facilitar o acesso dos brasileiros à justiça, uma vez que se espera reduzir o número de demandas e, em consequência, agilizar o andamento dos processos (TRENTIN e TRENTIN, 2011, p. 10).

Nessa perspectiva, Caetano opina:

[...] os meios alternativos da solução de conflitos são ágeis, informais, céleres, sigilosos, econômicos e eficazes. Deles é constatado que: são facilmente provocados e, por isso, são ágeis; céleres porque rapidamente atingem a solução do conflito; sigilosos porque as manifestações das partes e sua solução são confidenciais; econômicos porque têm baixo custo; eficazes pela certeza da satisfação do conflito. (CAETANO, 2002, p. 104)

Assim, a utilização de alternativas ao Processo Civil tradicional deve ser incentivada, pois o Poder Judiciário não está em condições de atender a todos os jurisdicionados com rapidez e eficiência; outros meios, mesmo que não estatais, devem ser buscados. (CAMBI e FARINELLI, 2011, p. 277).

A instituição de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos, com estímulo à solução por autocomposição, não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios, mas também um importante mecanismo de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados são os protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. (DIDIER, 2015, p. 273).

3 Princípios da mediação e conciliação

No ordenamento jurídico, os princípios representam os fundamentos que se baseiam a aplicação das normas. Os princípios devem ser observados a fim de que os institutos sejam interpretados e aplicados de forma correta.

Antes de analisar os princípios específicos da mediação e conciliação, faz-se necessário relembrar a importância do que vem a ser um princípio, e, para tanto, cumpre destacar o conceito de princípio de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, 1991, p. 230)

Os princípios são definidos por Sundfeld (1995, p.18) como as “ideias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de se organizar”.

No Novo Código de Processo Civil, os princípios norteadores da conciliação e mediação estão descritos de maneira expressa no artigo 166:

A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. (BRASIL, 2015a)

A Lei nº 13.140/2015, a qual trata da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, também contempla expressamente, em seu art. 2º, os seus princípios:

Art. 2º. A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé. (BRASIL, 2015b)

José Miguel Garcia Medina entende que esses princípios ora se demonstram como deveres, ora em garantias e ora em objetivos a serem alcançados pelo procedimento. Dessa forma, os princípios da conciliação e mediação deverão ser descritos e aplicados pelos conciliadores e mediadores, pois eles devem seguir esses princípios para alcançarem o resultado autocompositivo desejado. (MEDINA, 2015, p. 295)

Observa-se uma pequena diferença entre os princípios elencados na Lei de Mediação e no CPC. Os princípios comuns nas duas legislações são o da imparcialidade, da oralidade, da autonomia da vontade, da informalidade, da confidencialidade. A Lei de Mediação traz ainda o princípio da isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé. Já o CPC elenca o princípio da decisão informada e da independência.

Segundo Kamel:

Essas diferenças dizem respeito ao fato de que o CPC prevê especificamente os princípios da mediação judicial. No entanto, ainda assim, são também princípios gerais e, mesmo quando não se repetem em ambas as leis, são ainda assim aplicáveis a toda e qualquer mediação. (KAMEL, 2017, p. 74)

O princípio da independência na mediação e na conciliação significa que, para se buscar solução do conflito entre as partes, deve-se privilegiar a autonomia. A colaboração do agente mediador ou conciliador deve ser no sentido de facilitar a compreensão do problema e das possíveis soluções; contudo, as partes não podem se sentir obrigadas ou coagidas a fazerem um acordo, visando simplesmente colocar fim a um processo. (DIAS e FARIA, 2016, p. 32)

A imparcialidade, por sua vez, também é um princípio de suma importância a ser observado por conciliadores e mediadores, pois garante a justiça e neutralidade das suas atuações. Conforme dispõe o art. 1º, IV do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, constante do anexo da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: “Artigo 1º [...] IV – Imparcialidade – dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade do envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente.” (BRASIL, 2015c)

O mediador não poderá tomar partido de qualquer das partes, deve privilegiar a aproximação delas, sem qualquer julgamento. Caso o mediador apresente uma proposta de solução, deve ter o objetivo de pacificar o conflito, sem favorecimentos, sempre incentivando o diálogo. (KAMEL, 2017, p. 72)

O princípio da autonomia da vontade preza que as partes tenham liberdade e que o mediador não pode forçar um acordo ou tomar uma decisão por elas, está ligado ao princípio da independência. (GUILHERME, 2016, p. 39)

O art. 1º, inciso V do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, constante do anexo da Resolução 125/2010 do CNJ, dispõe:

Art. 1º

V – Independência e autonomia – dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para o seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal e inexequível. (BRASIL, 2015c)

Por conta desse princípio, as partes podem a qualquer momento recusar as propostas apresentadas e abandonar a mediação. (KAMEL, 2017, p. 73)

Desse modo, as partes interessadas têm total liberdade para encontrar a melhor solução para o litígio em questão, podendo, inclusive, relativizar seus direitos, desde que não sofram qualquer pressão para realização do acordo.

Ainda:

Em atenção ao princípio da autonomia da vontade das partes, os litigantes possuem a faculdade de recusarem a audiência de conciliação ou de mediação, que será cancelada se o autor manifestar desinteresse na realização do ato e o réu manifestar expressamente a sua anuência à recusa do autor, no prazo legal. A parte autora deverá, na própria petição inicial, indicar a sua opção pela realização ou não da audiência de conciliação ou de mediação (art. 319, VII, CPC/15).

Somente a expressa manifestação bilateral de desinteresse, pelo autor e pelo réu, gera o cancelamento da audiência de conciliação ou de mediação designada. Se apenas uma das partes manifestar o desinteresse, a audiência será mantida, devendo ambos comparecer ao ato, sob pena de a ausência ser considerada ato atentatório à dignidade da justiça, com a aplicação de multa, conforme previsto no retromencionado art. 334, §§ 4º e 8º. (FARIAS, 2016, p. 36)

O princípio da confidencialidade, também conhecido como princípio do sigilo, é fundamental na atuação do conciliador e mediador. O Novo Código de Processo de Civil tratou expressamente do referido princípio em seu artigo 166, o qual assim dispõe:

Artigo 166...

§1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo

teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão de dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. (BRASIL, 2015a)

A confidencialidade alcança todas as informações, e as pessoas se sentem seguras para tratar dos problemas sem omitir detalhes. Contudo, tal norma não tem caráter absoluto, podendo ser renunciada pelas partes, a quem compete indicar sua extensão. (DO NASCIMENTO, 2017, p. 326)

A principal característica da mediação é a oralidade da linguagem. Dessa forma, mesmo com a atuação de advogados, as partes são protagonistas do procedimento, de modo que as conversas têm papel fundamental. (GUILHERME, 2016, p. 41)

Assim, para Miranda Netto e Soares *apud* Almeida (2015), o princípio possui tríplice vertente: a) conferir celeridade ao processo; b) fortalecer a informalidade dos atos; c) promover a confidencialidade, registrando-se o mínimo possível.

Outro princípio a ser observado é o da informalidade; os principais atos da mediação têm natureza informal. Somente o termo inicial ou o final da mediação, registrando-se o resultado obtido, será formalizado por escrito.

Não há regras fechadas na mediação em relação ao modo como se desenvolve ou ao local onde acontece. Importa respeitar os princípios e requisitos legais, mas o caráter informal é uma característica da mediação. (KAMEL, 2017, p. 73)

Por fim, o último princípio elencado no Novo CPC é o da decisão informada. Para Petrônio Calmon, “é o princípio que afirma o direito de as partes obterem informação sobre o processo de mediação e, quando resulta necessário, acerca de seus direitos legais, opções e recursos relevantes, antes de participar da mediação, consenti-la ou aprovar os termos do acordo ali alcançados”. (CALMON, 2013, p. 117)

A Resolução CNJ 125/2010 ainda estabeleceu os seguintes princípios: (a) independência e autonomia do mediador e conciliador; (b) respeito à ordem pública e às leis vigentes; (c) empoderamento, estimulando as partes a resolverem seus problemas futuros pela autocomposição; (d) validação, dever das partes se reconhecerem como pessoas e se respeitarem mutuamente. (GUERRERO, 2014, p. 53)

A Lei nº 13.140/2015 acrescentou os seguintes princípios aos previstos no CPC: isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé.

Isonomia significa ter as partes por igualmente capazes de participar da mediação, sem que uma tenha manifesta vantagem sobre a outra. Ela é determinada pela própria participação de um mediador, o qual deixa claras as regras do procedimento e as demais disposições da lei, como, por exemplo, se uma parte levar advogado, a outra também deve estar devidamente representada (KAMEL, 2017, p. 72).

O consenso não é obrigatório da mediação, mas deve ser o objetivo (KAMEL, 2017, p. 73).

Aliás, convém ressaltar que por mais que as partes não cheguem a um acordo final, o fato dos mediadores e conciliadores conseguirem restaurar o diálogo e uma boa comunicação já é de grande valia, pois é o primeiro passo para a resolução do problema.

O princípio da boa-fé, por sua vez, caracteriza a mediação, já que o instituto não comporta a produção de provas, o que importa é a verdade e o respeito dentro do procedimento (GUILHERME, 2016, p. 41).

Portanto, esses são os princípios basilares da mediação e da conciliação que devem ser observados pelas partes e pelos mediadores e conciliadores, para que seja possível alcançar uma solução para o litígio.

Com o estudo desses princípios, verifica-se que a mediação e a conciliação são formas de resolução de conflitos em que o respeito deve preponderar, muito mais do que alcançar um acordo e atingir uma meta, o mais importante é pacificar as relações e solucionar de fato o desentendimento existente entre as partes.

Conclusão

Observa-se que o Novo Código de Processo Civil reconhece a importância das soluções consensuais para resolver os conflitos, impondo uma grande mudança de postura dos operadores do Direito e da sociedade, pois a mediação e a conciliação passam a ser prioridades tanto na via judicial como extrajudicial.

O Novo CPC também prestigia o diálogo entre as partes, a autocomposição e a participação efetiva das partes e dos procuradores, desburocratizando os procedimentos com o propósito de alcançar o amplo e efetivo acesso à justiça, bem como a duração razoável do processo.

A mediação e a conciliação devem ser incentivadas, uma vez que esses métodos consensuais para resolução de conflitos são informais, mais céleres e menos onerosos, fazendo com que a justiça seja prestada à sociedade de forma mais efetiva.

Outro aspecto a se ressaltado é que a mediação e a conciliação, muitas vezes, não resolvem apenas o litígio, mas também o próprio conflito existente entre as partes, contribuindo, assim, para a pacificação social.

Os princípios da mediação e da conciliação expressos no Novo CPC e também na Lei de Mediação devem ser observados pelas partes e pelos mediadores e conciliadores para que se alcance o objetivo almejado. Os princípios são o norte de como esses institutos devem ser aplicados, por isso, a importância do estudo e do conhecimento por parte dos envolvidos.

Por fim, conclui-se que a mediação e a conciliação, como forma de solução de conflitos, devem ser tratadas como política pública e como garantia da observância dos princípios constitucionais, pois garantem o acesso à justiça e a razoável duração do processo.

Referências

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A mediação no novo Código de Processo Civil**/ coordenação Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja, Samanta Pelajjo. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

AZEVEDO, André Goma de; BUZZI, Marco Aurélio. **Novos Desafios para mediação e conciliação no novo CPC: artigo 334**, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-11/novos-desafios-mediacao-conciliacao-cpc-artigo-334>. Acesso em: 27 de janeiro de 2018.

BARCELLAR, Roberto Portugal. **Juizados especiais: a nova mediação processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo. Brasília, DF, 16 mar.

2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei de mediação**, Poder Executivo. Brasília, DF, 26 jun. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

_____. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 01 de dezembro de 2017.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e mediação**: rudimentos. São Paulo: Atlas, 2002.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e conciliação**. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

CAMBI, Eduardo; FARINELLI, Alisson. **Conciliação e mediação no novo Código de Processo Civil (PLS 166/2010)**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v.194, abril de 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. **A Mediação e a Conciliação no Contexto do Novo Código de Processo Civil de 2015**. Revista Constituição e Garantia de Direitos. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/9990/7083>. Acesso em 01 de fevereiro de 2018.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. 17ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

FERNANDES, Sônia Caetano. **O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo Código de Processo Civil – Câmaras de mediação e conciliação**. Abril de 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-O+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>. Acesso em: 01 de fevereiro de 2018.

GUERRERO, Luis Fernando. **Conciliação e Mediação: Novo CPC**

e leis específicas. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, RT, v. 41, p. 19 ss, abril de 2014.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESCs: meios extrajudiciais de solução de conflitos**. Barueri, SP: Manole, 2016.

KAMEL, Antoine Youssef. **Mediação e arbitragem**. 1ª ed. Curitiba: Intersaberes, 2017.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

NASCIMENTO, Meire Rocha do. **Mediação como Método de Solução Consensual de conflitos: definição, modelos, objeto, princípios, previsão no CPC 2015, fases e técnicas, papéis do advogado e do Ministério Público**. Revista FONAMEC – Rio de Janeiro, v. 1, nº1, p. 321-337, maio 2017.

OTTONI, Maria Clara Góis Campos. **O acesso à Justiça sob a perspectiva do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-acesso-a-justica-sob-a-perspectiva-do-novo-codigo-de-processo-civil,55842.html>. Acesso em 01 fev. 2018.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo judicial de resolução de conflitos**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos e o novo Código de Processo Civil**. In: SPENGLER, F. M., BEDIN, G. A. (Org) *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação* [recurso eletrônico]. Curitiba: Multideia, 2013.

TARTUCE, Fernanda. **Diversidade de sessões de mediação familiar no Novo CPC**. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/diversidade-de-sessoes-de-mediacao-familiar-no-novo-cpc/>> Acesso em: 01 fev. 2018.

TRENTIN, Sandro Seixas; SPENGLER, Fabiana Marion. **Poder Estatal, Judiciário e a sociedade à luz dos princípios fundamentais**. Disponível em: <http://www.diritto.it/system/docs/28837/original/Art._Poder_Estatal_judiciario_e_sociedade.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2018.

A força do atual sistema de precedentes judiciais brasileiro para garantir a eficácia dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas no âmbito do processo

Meirebele Ferreira da Silva Castro

Assessora Jurídica do Banco do Brasil S.A.

em São Paulo

Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito

Processual Civil pela Universidade

Anhanguera – Uniderp

RESUMO

Este artigo visa, em meio a uma breve análise e reflexão relativas ao novo microssistema de precedentes judiciais brasileiro, tecer algumas considerações quanto à sua estrutura e quanto à postura de Advogados e Julgadores face ao dever de observância e aplicação desse novo microssistema. O intuito é auxiliar na realização de um melhor resultado prático-produtivo, advindo do seu uso de forma mais proativa. Nesse escopo, buscamos extrair as orientações relevantes constantes dos artigos 926 e 927 do atual Código de Processo Civil brasileiro, destacando suas respectivas implicações práticas.

Palavras-chave: Precedente. Fundamentos. Distinção. Superação

ABSTRACT

The purpose of this article is to expose some relevant aspects concerned to the new system of judicial precedents in Brazilian law, and to emphasize the need of a more adequate posture that Lawyers and Judges should assume as a party in this hole of procedures, especially as to the duty of observing and applying the rules of this new system of precedents. The intention here is to encourage an engagement in the reaching of a better practical and productive result, as a consequence of a more conscious and accurate use of the system. Therefore, we will try to take out the more relevant guidelines fixed in the articles 926 and 927 of the Brazilian New Code of Civil Lawsuit.

Key words: Precedent. Fundamentals. Distinguishing. Overruling

Introdução

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, o atual Código de Processo Civil brasileiro (CPC), nas disposições gerais contidas em seu capítulo I, livro III, título I, estabelece um novo microsistema de precedentes judiciais brasileiro, o qual, na perspectiva dos mais importantes doutrinadores na área do Direito Processual Civil, é considerado uma das principais mudanças trazidas pelo Código.

O microsistema é composto nuclearmente pelos artigos 926, 927 e 928 e tem sua importância reconhecida na medida em que cumpre o seu propósito essencial de garantir a eficácia dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas no âmbito do processo. Propõe-se a perpassar todo o fluxo processual, desde a propositura até o último recurso cabível em uma ação, instrumentalizando-o para que haja coerência e observância dos padrões decisórios já existentes, especialmente dos que possuem força vinculante, visando, assim, assegurar que as soluções jurídicas nos casos concretos se deem com a maior medida possível de efetiva justiça e equidade.

Nessa perspectiva, propomos uma leitura analítica e reflexiva dos artigos 926 e 927, a partir da descrição das respectivas dinâmicas dos institutos ali previstos – o precedente judicial, a distinção e a superação –, ressaltando o seu caráter instrumental na garantia de eficácia dos referidos princípios constitucionais aplicados ao processo, especialmente aos operadores do Direito, os quais passam a contar com a força do microsistema na busca de garantir decisões judiciais providas de um Judiciário mais íntegro, cujos órgãos atuam de forma coerente, justa e harmônica entre si.

1 Precedente judicial, distinção e superação – conceitos e dinâmicas

Segundo Luiz Henrique Volp Camargo (2015), no contexto brasileiro, em que se adota a tradição de *civil law*¹, ‘precedente judicial’, em sentido lato, tem um conceito diferente do que se

¹ *Civil Law* é o sistema jurídico em que se considera a legislação como fonte primária do Direito e nela confia-se a função de garantir segurança jurídica aos jurisdicionados. Via de regra, nesse sistema, precedente e jurisprudência possuem eficácia meramente persuasiva. Por esse motivo destaca-se a relevância do dever de observância obrigatória dos preceden-

apresenta nos países de tradição da *common law*². Em termos práticos, o termo precedente está sendo atualmente considerado como um gênero, do qual são espécies os enunciados de súmula, a jurisprudência e os acórdãos, fontes de que se podem extrair os fundamentos determinantes, que, por sua vez, constituem as normas que podem ser aplicadas no julgamento de casos análogos posteriores.

Para Fredie Didier Junior (2015, p. 441), precedente, em sentido lato, é a “decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Em sua dinâmica, refletida pelo artigo 926 do atual CPC, que diz da obrigatoriedade da observância desse novo microsistema, consigna-se a hierarquia a se respeitar na cadeia de precedentes, posto que, no contexto da *civil law*, aqui adotado, os precedentes, embora imprescindíveis, assumem papel complementar. Ou seja, conforme descreve Didier,

À luz das circunstâncias específicas envolvidas na causa, interpretam-se os textos legais (*lato sensu*), identificando a norma geral do caso concreto, isto é, a *ratio decidendi*, que constitui o elemento nuclear do precedente. Um precedente, quando reiteradamente aplicado, transforma-se em jurisprudência, que, se predominar em tribunal pode dar ensejo à edição de um enunciado na súmula da jurisprudência desse tribunal.

Assim, a súmula é o enunciado normativo, texto da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente.

Há, pois, uma evolução: precedente → jurisprudência → súmula. Noções distintas, embora umbilicalmente ligadas. O enunciado da súmula deve reproduzir a *ratio decidendi*, que está sendo reiteradamente aplicada. Dá-se forma escrita e sintética a uma norma jurídica construída jurisdicionalmente.

Vê-se, então, que o enunciado da súmula é, por assim dizer, o texto que cristaliza a norma geral (*ratio decidendi*) extraída à luz de casos concretos e de outros textos (o texto legal, em sentido amplo). (DIDIER, 2015. p. 487)

tes apartir do atual CPC, posto que eleva a eficácia do precedente, à semelhança do que ocorre no *stare decisis*, instituto do *common law*.

² *Common Law* é o sistema jurídico em que o Direito foi originariamente desenvolvido pelos costumes gerais, e criado, especialmente após a judicialização dos conflitos sociais, pelos magistrados. A ausência de codificação ensejou o assentamento das decisões dos tribunais como a fonte primária do desenvolvimento do Direito.

Contudo, na prática, a aplicação de um precedente pode não ser tão simples. Conforme Daniel Mitidiero (2017, p. 99), a comparação e a analogia são elementos essenciais do raciocínio jurídico em um sistema de precedentes. A identificação dos fundamentos determinantes referente a uma questão constante de um caso – ou seja, o precedente a ser aplicado – é só uma das tarefas envolvidas na dinâmica de um sistema de precedentes, visto que, além da identificação desses fundamentos, é necessário saber se são aplicáveis ao caso presente ou se é necessário aplicar os institutos da distinção ou da superação.

Quanto ao instituto da ‘distinção’, vale destacar que a interpretação é a ferramenta imprescindível na sua aplicação, uma vez que essa presume, como dissemos, a identificação dos fundamentos determinantes da decisão anterior e a verificação de sua aplicabilidade ao caso presente. Essa prática “demanda a individualização dos pressupostos fático-jurídicos essenciais que dão vida aos casos e a busca por semelhanças e distinções relevantes” (MITIDIERO, 2017, p.100). Ou seja, é necessário que se faça a comparação entre as semelhanças e diferenças entre os casos, e, devendo o intérprete, quer seja o Julgador ou o Advogado, identificar, individualizar e valorar os elementos relevantes em um e em outro caso, constatando, assim, se há a devida similaridade que justifique a aplicação do precedente, ou se se justifica invocar a distinção entre os casos. Mitidiero descreve que

Os casos formam-se em juízo a partir das manifestações de vontade e das declarações de conhecimento das partes. O autor tem o ônus de alegar na petição inicial a sua causa de pedir (art. 319, III, do atual CPC) e o réu tem o ônus de alegar na contestação toda sua defesa devidamente pormenorizada (arts. 336 e 341 do atual CPC). Invocando precedente ou jurisprudência vinculante, autor e réu têm o ônus de particularizar os casos invocados, mostrando analiticamente as semelhanças relevantes, não bastando a simples transcrição de ementas ou de trechos pinçados aleatoriamente da fundamentação dos julgados. O mesmo vale obviamente para os recursos. Sendo o processo uma comunidade de trabalho pautada pela colaboração, pode o juiz, inclusive, determinar o esclarecimento e a indicação precisa das razões pelas quais as partes invocam o precedente ou a jurisprudência vinculante (arts. 6º, 7º e 321 do atual CPC). O ônus de alegação das partes é a simétrica contrapartida ao dever de fundamentação analítica dos juízes, das Cortes de Justiça e das Cortes Supremas (arts. 93, IX, CF, e 489, §1º, V e VI, do atual CPC).

Em conclusão, aduz que é a partir das alegações das partes – das quais pode se solicitar precisão pelo órgão jurisdicional – que se procede à comparação entre os casos, buscando constatar se há semelhanças relevantes, aplicando o precedente, ou, se não há, distinguindo-os (arts. 489, §1º, VI, 927, §1º, E 1.037, §9º, do atual CPC). Nessa hipótese, em que deve ser invocada a distinção, o juiz, à luz do art. 927, §1º, do atual CPC, tem o dever de indicar na fundamentação da decisão o motivo por que os casos são distintos, nos moldes dos art. 485, §1º, V, do atual CPC, não bastando a simples indicação de caso diverso, e nem a simples desconsideração do caso invocado como precedente, conforme 485, §1º, VI, do atual CPC. Logo, a distinção pressupõe que haja a presença de um conjunto de quesitos que formam os ‘pressupostos de incidência’ do precedente. Ou seja, para que se aplique o precedente, é necessária a identificação dos seus ‘pressupostos de incidência’ nos casos concretos em análise. Do contrário, se os casos não apresentam consideráveis semelhanças, a ponto de se instigar a análise, então o que se tem é um caso que está fora do âmbito do precedente.

Quanto ao instituto da ‘superação’, esse decorre da necessidade do desenvolvimento do Direito. Mesmo nos casos em que o precedente é corretamente identificado e considerado aplicável a um novo caso, há situações que apresentam razões relevantes que recomendam a superação desse precedente. Mitidiero, em suas considerações sobre o tema, esclarece que a superação “coloca basicamente diversas outras questões para a análise, dentre elas, saber como e quem pode provocar a mudança, e quais efeitos resultariam” (MITIDIERO, 2017, p. 102). A ‘superação’ é um fenômeno caracterizado à semelhança do sistema inglês. Neste, um precedente pode ser alterado de forma integral, fenômeno do *overruling*³, ou parcial, fenômeno do *overturning*⁴. Se a alteração é parcial, o precedente pode ainda ser reescrito, *overriding*⁵, ou transformado, *transformation*⁶. A superação total de um pre-

³ O *overruling* é a técnica de se retirar a força vinculante de um precedente e substituí-lo por outro. São diversas as razões por que um precedente vinculante seja superado - a evolução natural da sociedade; a tese ter se tornado obsoleta; a superveniência de legislação que enseje naturalmente a inutilização do precedente; ou mesmo a evolução do raciocínio jurídico que percebe uma melhor interpretação do Direito. (DIDIER, 2015, p. 494)

⁴ O *overturning* é a superação parcial do precedente. Ocorre quando a reavaliação do precedente não restar em total desuso do seu conteúdo normativo pelo tribunal. A alteração do entendimento representa um ajuste pontual da jurisprudência adotada pelo tribunal.

⁵ O *overriding* é reescrever o precedente que passou por uma parcial alteração. O precedente é parcialmente superado mediante a limitação de

cedente ocorre como uma resposta judicial ao desgaste do seu compromisso social e da sua perspectiva do sistema, ou a um equívoco que se mostra evidente na sua proposta de solução. Quando o precedente carece de compromisso e consistência ou é evidentemente equivocado, a sua aplicabilidade se torna não só incoerente, mas até mesmo desautorizada pelos princípios básicos que sustentam a norma da segurança jurídica, da liberdade e da igualdade, posto que se arrisca a causar estagnação no natural processo de evolução do Direito. De acordo com a doutrina predominante⁷, esse conjunto de fatores constitui os pressupostos básicos para a superação de precedentes. No caso de a alteração necessária do precedente ser parcial, pode ocorrer a sua transformação ou reescrita. Para a promoção da unidade do Direito e o respeito à sua natureza prospectiva, pode ser que, eventualmente, seja mais oportuna a sua transformação do que a superação total. Em tese, a transformação altera em parte o precedente, ocorrendo quando a Corte não o nega formalmente, isto é, admite que não há desgaste nem equívoco na antiga solução, mas promove a sua reconfiguração parcial, preservando, como exemplo, aspectos fáticos e jurídicos que podem ter sido relevados na decisão anterior. Já a reescrita acontece quando a Corte quer redefinir o âmbito de incidência, de aplicação, do precedente. A partir da reescrita, algo que, por exemplo, não fora considerado na decisão anterior pode ser reavaliado, causando alteração no seu alcance. Todavia, vale destacar que, quer seja integral, quer parcial a superação, no Direito brasileiro, para que ela ocorra, exige-se a ‘fundamentação adequada e específica’, conforme dispõe o art. 927, §2º, do CPC.

Quanto à competência para a superação de precedentes, nas palavras de Mitidiero,

seu âmbito de incidência. Há uma releitura do alcance do entendimento. É a representação de uma modificação parcial da jurisprudência, restringindo a sua aplicação a determinadas hipóteses, ou em decorrência de mudanças supervenientes na norma, ou por alterações no cenário fático e jurídico que ensejaram a formação do precedente anterior. (DIDIER, 2015, p.507)

⁶ A *transformation* se aplica quando há a necessidade de correção do precedente, em razão de aspectos fático-jurídicos relevantes que não foram considerados quando da formulação do precedente originário. É uma reconfiguração parcial do entendimento fixado pelo tribunal, que ganha nova configuração.

⁷ Observados os posicionamentos de Freddie Didier Jr., 2015; Luiz Henrique Volp Camargo, 2013; Pablo Freire Romão, 2015; Daniel Mitidiero, 2017; Luiz Guilherme Marinoni, 2016.

... é evidente que apenas a corte que é responsável pela formação do precedente pode dele se afastar legitimamente. Vale dizer: apenas o Supremo Tribunal Federal pode se afastar de seus precedentes constitucionais e o Superior Tribunal de Justiça de seus precedentes federais. As Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau a ela ligados não podem deixar de aplicar um precedente apenas porque não concordam com a solução nele formulada, isto é, com o seu conteúdo. É um equívoco que decorre da falta de compreensão da natureza do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas – de interpretação e não de controle, de precedentes e não de jurisprudência – imaginar que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais podem se afastar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça por não concordarem com as razões e as soluções neles formuladas.

Uma Corte de Justiça que se afasta de um precedente que deve aplicar, formulado por uma Corte Suprema não está dessa divergindo. Está, na verdade, desobedecendo à interpretação da legislação formulada pela Corte Suprema. A possibilidade de divergência pressupõe Cortes que ocupem o mesmo grau na hierarquia judiciária. Imaginar que uma Corte de Justiça pode contrariar ou deixar de aplicar um precedente de uma Corte Suprema por não concordar com o seu conteúdo equivale a supor que inexistem ordem e organização na estrutura do Poder Judiciário e que todas as Cortes judiciárias desempenham a mesma função dentro do sistema de distribuição de justiça – o que, como é óbvio, constitui manifesto equívoco.

Entretanto, em que pesem os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não poderem desobedecer aos entendimentos firmados pela Cortes Superiores, é naturalmente possível e aceitável que eles manifestem, se for o caso, as suas razões dissidentes, até porque essa é uma garantia constitucional (arts. 1º, *caput*, e 5º, IV, da CF). Em tese, as manifestações dessas dissidências, como registro da percepção e crítica a eventual ineficácia do precedente, podem servir como parâmetro de instigação para a reavaliação do entendimento firmado. Contudo, até que ocorra essa reavaliação pela Corte competente, a desobediência seria danosa às partes, posto que teriam que interpor recurso às Cortes superiores, com vistas a ver o seu caso apreciado de acordo com o Direito, até então previsível, sob pena de violação da igualdade e da segurança jurídica e mesmo da razoável duração do processo. Pode-se dizer, ainda, que a desobediência seria danosa para todo o Poder Judiciário, uma vez que, para

a preservação do seu dever de unidade, está obrigado a atuar em harmonia e coerência com aquilo que já se encontra devidamente solucionado e firmado nos precedentes. Ressalta-se que raciocínio análogo vale para a superação da jurisprudência uniformizadora formada pelas Cortes de Justiça. Enquanto não houver precedente superveniente das Cortes Superiores, que firmem entendimento contrário,

“apenas os colegiados responsáveis pela formação da jurisprudência vinculante podem dela se afastar. Demais órgãos jurisdicionais que compõem essas Cortes e os juízes a ela vinculados não podem se afastar... sob pena de desobediência” (MITIDIERO, 2017, p. 107).

Em respeito ao princípio da segurança jurídica, destaca-se, ainda, que a superação do precedente pode ensejar diversas consequências. Entretanto, de início, seus efeitos são *ex nunc*, leciona Mitidiero, considerando que o mesmo não afeta decisões anteriores que já estejam sob a proteção da coisa julgada, mas somente as posteriores à sua formação. Entende que, “existindo precedente do STF e do STJ, uma decisão contrária posterior transitada em julgado pode ser rescindida mediante ação rescisória (art.966, V, atual CPC), ou declarada inexecutível mediante impugnação (arts. 525, III, §12 a 14, e 535, III, § 5º a 7º, do CPC)” (MITIDIERO, 2017, p. 116). Porém, em que pese a necessidade de se respeitar os princípios da igualdade e da segurança jurídicas, constata-se que ainda há divergência entre os posicionamentos doutrinários, e o reconhecimento de que não existe um único padrão decisório a respeito dos efeitos da superação. Segundo Didier,

Há de se perceber que existem diversas modalidades de eficácia temporal na revogação de precedentes. Assim, falar em superação com eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* não significa abarcar todas as possibilidades de eficácias temporais [...] percebe-se pelas diversas eficácias coexistentes para a revogação de precedentes, que, para além da dificuldade na padronização decisória de modulação, ainda existe o desafio de encontrar uma espécie de moldagem da eficácia temporal para cada caso [...] não há uma resposta única para a modalidade de eficácia temporal na revogação de precedentes. Tanto as espécies que consideram efeitos *ex tunc*, quanto as que consideram os *ex nunc* possuem vantagens e desvantagens.

Defende Didier que o instrumento mais concreto com que os jurisdicionados podem contar nesse momento é o enunciado

nº 320 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, aprovado em dezembro de 2014, *in verbis*: “Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimentos da Corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

2 O microsistema de precedentes judiciais – núcleo que se irradia por todo o sistema judiciário brasileiro

Conforme Luiz Guilherme Marinoni (2015, p. 872), os artigos 926 e 927 instituem, à semelhança do *common law*, mas com as devidas adaptações ao modelo do Direito brasileiro, o que a doutrina chama de *stare decisis*⁸ horizontal e vertical. Aduz que a necessidade de compatibilização horizontal e vertical das decisões judiciais decorre da necessidade do respeito aos princípios da segurança jurídica, da liberdade e da isonomia, valores básicos de qualquer estado constitucional.

O art. 926 estabelece a *stare decisis* horizontal, ou seja, o dever de o tribunal respeitar os próprios precedentes e a própria jurisprudência vinculante. Assim, o legislador determinou ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a obrigação de observarem os seus precedentes, além de impor aos Tribunais Regionais Federais e aos Tribunais de Justiça o respeito à própria jurisprudência formada a partir dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. O que se entende é que esse ‘respeito’ dos tribunais superiores aos seus próprios precedentes é mister condição para que possa haver também uma compatibilização vertical das decisões judiciais, posto que, da perspectiva da administração da justiça civil, só é possível ‘respeitar’ quem se ‘respeita’.

Em ato contínuo, no art. 927, o legislador, então, estabelece o *stare decisis* vertical, isto é, a necessidade de o Poder Judiciário ser visto como uma unidade, ou seja, que seus órgãos se relacionem entre si com harmonia e coerência, apresentando uma única face, da qual o jurisdicionado espera justiça.

Desse modo, a importância do *stare decisis* horizontal e vertical decorre notadamente dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas.

Segundo José Miguel Garcia Medina (2016, p. 201), considerando a jurisprudência e seu papel, desde o início do proces-

⁸ O *stare decisis* refere-se à doutrina do *common law*, segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedentes (jurisprudência) e vinculam futuras decisões. Note-se que essa é a doutrina a que se assemelha a natureza dos ‘precedentes judiciais’ instituídos pelo atual CPC.

so, a preocupação que se destaca nos arts. 926 a 928 do atual CPC, em relação ao modo como se constrói e deve ser observada a jurisprudência, é matéria com a qual devem se ocupar os operadores do Direito, não apenas quando a causa chega a um tribunal, mas desde o início do processo. Destacamos as palavras de Medina (2015, p. 29), as quais descrevem o fluxo que se estabelece no atual CPC, ratificando a relevância da observação da jurisprudência em todo o processo,

As partes devem ocupar-se com o que decidem os tribunais, ao argumentar. Com base no que se manifesta a jurisprudência, o pedido pode ser rejeitado liminarmente (art. 332), pode ser concedida tutela de evidência contra o réu (art. 311, II), o recurso pode ser decidido monocraticamente pelo relator (art. 932, IV e V). Todos os juízes também devem considerar, adequadamente, o que decidem os tribunais (arts. 489, § 1.º, V e VI, e 1.022, parágrafo único, I), a ponto de, a depender do caso, a decisão proferida poder ser corrigida por meio de reclamação (art. 988, *caput*, IV e § 5.º, II; cf. também art. 966, V e § 5.º, sobre cabimento de ação rescisória, no caso).

O art. 926 inova o ordenamento processual infraconstitucional brasileiro ao dispor “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. De acordo com Didier, assim o Código prevê deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes, tanto os persuasivos como os vinculantes. Embora todos eles sejam decorrência de normas constitucionais, considerou-se relevante sua previsão no plano infraconstitucional, haja vista que cumprem explicitar mais diretamente o comportamento exigido dos tribunais “na atividade de elaboração e desenvolvimento de um direito judicial” (DIDIER, 2015, p.474). Assim, entende-se que o dever de uniformizar tem como pressuposto o fato de o tribunal não poder se omitir em face de eventual divergência interna, entre seus órgãos fracionários, relativos a uma mesma questão jurídica. É dever do tribunal solucionar essa divergência uniformizando o seu entendimento sobre o assunto. Os §§ 1º e 2º do art. 926 desdobram o dever de uniformizar a jurisprudência, impondo ainda aos tribunais a tarefa de sintetizarem sua jurisprudência dominante, editando súmulas, as quais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a criação da súmula. O objetivo dessa imposição é garantir que os tribunais, ao editarem suas súmulas, guardem fidelidade à base fática sobre a qual a jurisprudência foi construída, para que se preserve o caráter de concretude do

direito judicial sendo construído, ou seja, produzem-se normas gerais, mas a partir de casos concretos. Dessa maneira, o legislador buscou neutralizar, no Brasil, o problema histórico da criação de enunciados de súmulas de forma abstrata ou sem referência aos precedentes que fundamentaram sua conformação (DIDIER, 2015).

Conforme Marinoni, o atual CPC usa a palavra ‘tribunais’ de modo indistinto e aduz que é relevante pontuar os papéis. Em suas palavras,

O art. 926, CPC, fala em “tribunais” indistintamente, sem atentar que existe uma divisão de trabalho bastante clara entre as Cortes de Justiça e as Cortes Supremas no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda, refere que a função desses tribunais seria a de “uniformizar”. No entanto, a fim de bem trabalhar com um sistema de precedentes, é preciso distinguir no seio da organização judiciária cortes voltadas à justiça do caso concreto (as chamadas Cortes de Justiça – Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é controlar a interpretação dos fatos da causa, da prova produzida e do direito aplicável ao caso concreto e fomentar o debate a respeito das possíveis soluções interpretativas por meio da jurisprudência das cortes voltadas à unidade do Direito (as chamadas Cortes Supremas – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), cuja função é interpretar o Direito a partir do caso concreto e dar a última palavra a respeito de como de ser entendido o direito constitucional e o direito federal em nosso país. Se é certo que as Cortes Supremas têm o dever de dar unidade ao Direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica, certamente não se passa o mesmo com as Cortes de Justiça. É claro que é desejável que a Jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais seja uniforme e segura (tanto é assim que se preveem incidentes voltados à obtenção de segurança, como o incidente de resolução de demandas repetitivas e o incidente de assunção de competência), assim como é evidente que essas Cortes têm – a partir da existência de precedentes sobre o caso que devem julgar – o dever de aplicá-los sem quebra de igualdade. No entanto, a função dessas cortes está ligada justamente à exploração dos possíveis significados dos textos jurídicos a partir do controle da justiça do caso concreto (a interpretação do Direito é apenas um meio para chegar-se ao fim controle da justiça do caso). É diferente do que ocorre com as Cortes Supremas, em que o caso concreto é apenas um meio a partir do qual se parte para che-

gar-se ao fim interpretação do Direito. Enquanto inexistente precedente da Corte Suprema encarregada de formá-lo, o desacordo interpretativo é em grande medida inevitável, dado o caráter equívoco da linguagem em que vazados os textos legislados. Daí, que seria necessário particularizar no art. 926, CPC, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm o dever de dar unidade ao Direito. A partir da existência de precedentes constitucionais e de precedentes federais, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça têm o dever de controlar a uniforme aplicação desses precedentes.

Na leitura do art. 927, do atual CPC, segundo Cassio Scarpinella Bueno (2016, p. 737), pode-se depreender a intenção de se implementar a política pública judiciária estipulada no art. 926 no que se refere ao dever de observância das decisões pelos diversos órgãos jurisdicionais, considerando suas áreas de atuação respectivas, tanto a originária como a recursal. Aduz que o verbo 'observar' no *caput* do dispositivo sinaliza que não há escolha entre 'adotar' e 'não adotar' as diversas manifestações das decisões jurisdicionais estabelecidas em seus cinco incisos, quando o escopo fático do caso assim o requerer.

Para Daniel Amorim Neves (2016, p. 492), em que pesem os argumentos contrários, o entendimento da doutrina majoritária é de que o art. 927 é suficiente para garantir a eficácia vinculante aos precedentes e enunciados de súmula previstos em seus incisos. Ou seja, 'observarão' deve ser entendido como 'devem aplicar de forma obrigatória'.

Segundo Didier, a eficácia jurídica de um precedente variará de acordo com as disposições de um determinado Direito positivo. No Direito brasileiro, os precedentes judiciais têm aptidão para a produção de diversos efeitos jurídicos. Os precedentes enumerados no art. 927 são os que possuem efeito vinculante, ou seja, obrigatório, distinguindo-se entre si pelo seu procedimento de formação. São assim considerados porque têm a eficácia vinculativa em relação aos casos que, em situações análogas, lhes forem supervenientes. Ao conceituar 'efeito vinculante' do precedente, repisa-se o que leciona Didier ao destacar que, em certos casos, a norma jurídica geral – *ratio decidendi* –, estabelecida na fundamentação de determinadas decisões judiciais, tem o condão de vincular decisões posteriores. Nesses casos, os órgãos jurisdicionais, tanto o tribunal que produziu o precedente como também os órgãos a ele subordinados, devem adotar aquela mesma tese jurídica em sua própria fundamentação. Nesse sentido, há o enunciado nº 170 – aprovado em de-

zembro de 2014 e revisto na reunião de 2016 - do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, *in verbis*: “As decisões e precedentes previstos nos incisos do *caput* do art. 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais a eles submetidos”. Como consequência do efeito desses precedentes, Didier afirma ainda que os juízes e tribunais, independentemente de provocação, mas observando o art. 10 e 927, §1º do atual CPC, devem conhecê-los de ofício, sob pena de omissão e denegação de justiça. Ou seja, julga-se omissa a decisão que deixa de considerar qualquer um dos precedentes obrigatórios nos termos do art. 927 do atual CPC.

Os precedentes enumerados no art. 927, I, são os oriundos de decisões em controle concentrado de constitucionalidade feito pelo Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, há que se ter o cuidado em perceber que o que está se destacando nesse inciso não é o efeito da coisa julgada, que já é *erga omnes*, mas sim o efeito dos fundamentos determinantes da decisão da ação de controle concentrado de constitucionalidade, os quais são aptos a produzirem o efeito vinculante do precedente para todos os órgãos jurisdicionais⁹. Os incisos II e IV falam de precedentes cuja *ratio decidendi* foi enunciada em súmula. Acatar esses enunciados é, na prática, observar a *ratio decidendi* dos precedentes que os originaram. O inciso III estipula o que Didier denomina de ‘microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios’, aqueles produzidos por incidente em julgamento de tribunal: casos repetitivos e assunção de competência. Em suas palavras,

Nesses casos há previsão de incidente processual para a elaboração do precedente obrigatório (arts. 489, §1º; 984, §2º e 1038, §3º, atual CPC), com natureza de processo objetivo. É uma espécie de ‘formação concentrada de precedentes obrigatórios’ (lembrando que podem formar-se também de forma difusa).

No bojo desses incidentes, todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida devem ser enfrentados. O contraditório é ampliado, com audiências públicas e a possibilidade de participação de *amicus curiae* (arts. 138; 927, §2º, 983; 1038, I e II, atual CPC).

⁹ Perspectiva conforme FPPC 168, *in verbis*:

168. (art. 927, I; art. 988, III) Os fundamentos determinantes do julgamento de ação de controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF caracterizam a *ratio decidendi* do precedente e possuem efeito vinculante para todos os órgãos jurisdicionais. (Grupo: Precedentes; redação revista no IV FPPC-BH).

Esses procedimentos formam um 'microsistema de precedentes obrigatórios', cujas regras se complementam reciprocamente.

[...]

Exige-se que o processo de formação do precedente se dê nesses termos, pois, na sua interpretação e aplicação a casos similares futuros, bastará ao órgão julgador verificar se o caso é ou não de aplicação da distinção ou da superação (arts. 489, §1º, V e VI; 927, §1º, atual CPC). Se for, o precedente não será aplicado, se não for, o precedente será aplicado e a fundamentação originária do julgamento do incidente se incorporará automaticamente à própria decisão que o invoca, sem a necessidade de repeti-la ou reelaborá-la, razão pela qual não se exigirá a observância do 489, §1º, IV, atual CPC.

O inciso V trata de precedentes oriundos do plenário ou do órgão especial. Há nele duas ordens de vinculação: uma vinculação interna dos membros e órgãos fracionários e um tribunal aos precedentes oriundos do plenário ou órgão especial daquela mesma corte; e uma vinculação externa dos demais órgãos de instância inferior, tanto juízos como tribunais, aos precedentes do plenário ou órgão especial do tribunal a que estiverem submetidos, conforme enunciado 170 supramencionado.

Na leitura dos parágrafos primeiro ao quinto do art. 927, segue-se a linha dos comentários de Teresa Arruda Alvim Wambier (2015, p. 1318). O parágrafo primeiro determina que, na base das decisões judiciais, se observem os arts. 10 e 489, §1º. O art. 10 traz uma versão atual do princípio do contraditório, e deixa claro que sobrevive o princípio do *iura novit curia* – o juiz pode decidir com base em fundamento não invocado pelas partes, desde que lhes dê a oportunidade de se manifestar –, e que o juiz tem que dar às partes oportunidade de se manifestar, ainda que vá decidir matéria sobre a qual pode se manifestar de ofício. Essa regra se refere à situação de o juiz preferir, quando for julgar procedente o pedido, fundamento diferente do invocado pelo autor. Um exemplo seria decidir a causa com base no Código Civil, quando o autor citou, em seu pedido, o Código do Consumidor. Há também a hipótese de o juiz pretender extinguir o processo sem julgamento do mérito com base em coisa julgada, por exemplo, não tendo sido arguida a matéria, pelo réu, em contestação. Em ambos os casos, antes de decidir, o juiz deve dar às partes a oportunidade de se manifestar. O art. 489, §1º prescreve que as decisões devem ser fundamentadas, sendo que, se o juiz não observa a prescrição, pode proferir decisão considerada 'não fundamentada'. De acordo com essas normas,

o juiz deve explicar por que acolheu ou não acolheu argumentos, tanto os de fato como os de direito, para o embasamento da decisão proferida. O parágrafo segundo prescreve que a tese jurídica adotada em súmula ou como base de decisão de casos repetitivos pode ser alterada. Contudo, o fato de se prever que essa alteração pode ser precedida de audiências públicas e da manifestação do *amicus curiae* (art. 138, CPC) demonstra que essa mudança não deve ser frequente. A sociedade deve ser ouvida, o que constitui uma nova dimensão do contraditório. Pode-se mudar a jurisprudência para adaptação do Direito à realidade social, nos casos em que esta adaptação é desejada e permitida pelo Direito. No parágrafo terceiro, ressalta-se a preocupação do legislador em prever a modulação dos efeitos em caso de alteração de jurisprudência firmada em casos repetitivos ou jurisprudência dominante no STF e nos demais tribunais superiores. Hoje, isso é também um resultado do reconhecimento, no Direito brasileiro, da função e dos efeitos do precedente, que diz respeito não somente ao passado, que é a de solucionar conflitos, mas também ao futuro, que é a de ser um padrão de análise para o juiz em casos análogos, bem como para as próprias partes em seu comportamento na vida social, uma vez que o precedente interpreta a lei, acrescentando-lhe, a partir da aplicação concreta, elementos ao texto literal e preenchendo os conceitos vagos. Modular os efeitos da alteração de um precedente significa, na perspectiva de parte da doutrina, que aquele novo entendimento deve-se aplicar 'dali pra frente', embora não tenha que ser necessariamente assim. A modulação pode ser temporal e espacial. A temporal pode ser 'dali pra frente', ou 'a partir de um determinado momento pra frente' ou 'escalonada no tempo'. A modulação é prevista especialmente para assegurar o devido respeito ao princípio da segurança jurídica, que é de interesse social. O parágrafo quarto é uma recomendação aos tribunais. A alteração de súmula ou de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de tese adotada em julgamento de casos repetitivos deve ser densamente fundamentada. Isso envolve a necessidade de que sejam expressamente rechaçados os argumentos embasadores da tese que se pretende abandonar e seja devidamente fundamentada a tese que se pretende adotar. Há razões relevantes para o registro dessa recomendação no atual CPC. Dentre elas, a de levar o tribunal a avaliar se é, de fato, necessário alterar uma tese que já vem sendo utilizada como padrão de conduta para o jurisdicionado e para os juízes, gerando riscos aos princípios da segurança jurídica e da isonomia; e a de reduzir a frequência com que essas alte-

rações têm ocorrido nas últimas décadas no Brasil, respeitadas as circunstâncias em que a mudança de padrão, efetivamente, se faz mister, quais sejam, as que visam promover a adaptação do Direito a alterações havidas na sociedade, caso em que não haveria ofensa a nenhum desses princípios. No parágrafo quinto, o legislador fez constar em lei que os tribunais devem dar publicidade aos seus precedentes. Essa previsão é importante, posto que as decisões judiciais, em certa medida, integram o padrão de conduta do jurisdicionado, bem como o de orientação aos próprios juízes. Assim, tal como se dá publicidade à lei, deve-se agora dar publicidade também aos precedentes.

O art. 928, ainda segundo Wambier, registra a preocupação do legislador em fazer constar neste capítulo das disposições gerais esclarecimento sobre o que o atual CPC considera como julgamento de casos repetitivos, expressão que aparece no art. 927, III, e §§ 2º, 3º e 4º. O atual CPC trata especificamente desses julgamentos nos arts. 976 e 1036, os quais, por força da delimitação do nosso tema, não serão analisados neste artigo.

3 O microssistema de precedentes judiciais – núcleo que se irradia por todo o processo – efetivo instrumento ao alcance de Advogados e Julgadores na garantia da eficácia dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas

Em linha com o previsto no art. 926 - instituição do dever de observância aos precedentes judiciais – e no art. 927 – descrição dos padrões decisórios eleitos pelo legislador a serem considerados como precedentes de observância obrigatória –, há que se levar em conta a necessidade de adequação da postura prática de todos os sujeitos processuais face a força vinculante do microssistema de precedentes judiciais instituído.

Ressalta-se a articulação de diversos dispositivos esparsos pelo atual CPC quanto ao dever de observar e aplicar os precedentes judiciais nos atos postulatórios e decisórios desde o início do processo. Para a base do raciocínio dessa aplicação, toma-se como exemplo o rito no processo de conhecimento.

Analisando primeiramente a postura das partes, já na fase postulatória, o autor deve cuidar para que o pedido contido em sua petição inicial esteja em linha com a orientação firmada em jurisprudência, na forma do art. 927, posto que, se contrário, ensejará o julgamento de improcedência liminar do pedido pelo juiz, que o fará com base no art. 332, *caput*, do atual CPC. Poderá a parte adversa, em sua contestação, alegar eventual omissão ou equívoco no julgamento do juiz que deixar de se manifestar

quanto a pedido contrário à orientação firmada pela jurisprudência. Qualquer das partes deverá opor os embargos de declaração, na forma do disposto no art. 1022, parágrafo único, se, nas decisões interlocutórias de mérito, bem como nas sentenças, o juiz deixar de aplicar o disposto no art. 489, §1º, incorrendo em omissão quanto ao dever de acatar precedente judicial obrigatório, ou ao de fundamentar eventual aplicação dos institutos da distinção ou da superação. Tutela da evidência poderá ser requerida quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, com base no art. 311, inc. II. Caso se efetive decisão com o vício de inobservância do precedente judicial obrigatório, poderá a parte propor a reclamação se se tratar de decisão ainda não transitada em julgado, como dispõe o art. 988, *caput*, do atual CPC. Deverá a parte sucumbente interpor o recurso cabível, caso se trate de precedente não impugnável pela via da reclamação. Tendo a decisão já transitado em julgado, a inobservância do precedente obrigatório ou a omissão quanto à alegação de qualquer das partes de que se tratava de caso distinto deverá ser impugnada por ação rescisória, nos termos do art. 966, inc. V e §§ 5º e 6º, do atual CPC. Caso o acórdão proferido no recurso do tribunal, em seus fundamentos, contrariar tese firmada em precedente obrigatório, dele caberá recurso especial ou extraordinário, devendo a parte, ora recorrente, fazer a prova da divergência, na forma do art. 1.029, §1º.

Quanto à postura dos julgadores, aplica-se igualmente o dever de observância dos precedentes obrigatórios, sob o risco de incorrerem nas penalidades previstas no art. 489, §1º, caso sejam omissos ou, em sua fundamentação, contrariem a orientação já firmada pela jurisprudência (v. análise do art. 927, §1º, *supra*). Assim, o juiz de primeiro grau, ao admitir o processo, constatando que o pedido do autor contraria tese firmada em precedente obrigatório, deverá proceder liminarmente ao julgamento de improcedência do pedido, com fundamento no art. 332, pois poderá ser instado a fazê-lo pela parte que apresentar a defesa. Os julgadores devem ainda observar o art. 489, §1º ao proferir as decisões, quer sejam interlocutórias, quer sejam definitivas, sob pena de suas decisões serem consideradas não fundamentadas, ficando, por essa razão, sujeitas à oposição dos embargos de declaração. Caso, eventualmente, a decisão viciada com fundamentos contrários à tese anteriormente firmada em precedente obrigatório seja devolvida ao tribunal, ao relator, em suas atribuições, caberá o mesmo dever de observância, podendo inclusive decidir monocraticamente com base nos arts. 932,

incs. IV e V; e 1.011, inc. I. Se o acórdão, por sua vez, divergir de entendimento firmado em jurisprudência das cortes superiores, fica a decisão passível de recurso aos tribunais superiores, em que o relator, ao receber a petição do recurso, procederá nos termos dos arts. 1.030, incs. I e II; e 1.035, § 3º, inc I.

Desse modo, ante o exposto, pode-se concluir que o dever de observar a jurisprudência vinculante, tal como se deve obedecer a lei, é tarefa que requer das partes e dos julgadores um estado mais alerta, bem como uma conduta mais proativa e dinâmica na condução do processo, posto que são eles os agentes responsáveis pela efetividade e eficácia do microssistema instituído.

Conclusão

Da leitura realizada, pode-se concluir que o microssistema de precedentes judiciais brasileiro, instituído nos arts. 926 a 928 do atual CPC, possui características do *commom law*; entretanto, não se configura como uma réplica desse sistema jurídico, haja vista que não veio substituir, mas sim agregar mecanismos ao sistema jurídico brasileiro vigente – o *civil law*.

O intuito dessa alteração trazida pelo CPC foi, principalmente, viabilizar um meio, reconhecidamente, mais eficaz de o processo civil, agora normatizado por um código constitucionalizado, ser um efetivo instrumento também na garantia da aplicação e preservação dos princípios da isonomia e da segurança jurídicas, reputados fundamentais em um estado de direito.

Nesse sentido, considerando a atual estrutura do microssistema, deve o operador do Direito, quer seja o Advogado, quer seja o Julgador – agentes responsáveis pela efetividade e eficácia do microssistema instituído –, cuidar para que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, não se limite à mera identificação e reprodução de julgados e ementas, mas sim utilize a interpretação e a análise com o maior grau possível de perícia técnica, lembrando que, nessa tarefa, deverá confrontar os motivos determinantes do caso análogo já julgado – o precedente – com os do caso em julgamento, observando se, de fato, o precedente é aplicável ao caso presente. Finalizada essa etapa, deverá ainda reavaliar a eventual necessidade de superação do precedente invocado, em respeito à natureza dinâmica do Direito.

Referências

- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 2ª ed. atual., revista e ampliada. São Paulo. Ed. Saraiva, 2016.
- CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. **Precedentes Judiciais - Teoria Geral e Implicações Práticas**. 2015. Em <http://saviad.aeduvirtual.com.br/mod/resource/view.php?id=90915>
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 10ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual civil**. Vol 2. 10ª ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª ed. Atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A Ética dos Precedentes – Justificativa do Novo CPC** – 2ª Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme (coordenador). **Coleção O Novo Processo Civil - Legitimidade dos Precedentes**. Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia, *et al.* **Guia Prático do Novo Processo Civil Brasileiro**. São Paul: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes – da Persuasão a Vinculação*. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.
- NERY JR., Nelson, *et al.* **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016** – 3ª ed. rev., atual. e ampl., – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.
- ROMÃO, Pablo Freire, *et al.* **Precedente Judicial no Novo Código de Processo Civil: tensão entre segurança e dinâmica do direito**. Curitiba: Juruá, 2015.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenador), *et. al.* **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo**. 1ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

A eficácia da cessão de crédito civil no âmbito da recuperação judicial

Rosana Correia Ramos

*Assessora Jurídica do Banco do Brasil S.A.
em Pernambuco*

RESUMO

No processamento da recuperação judicial, à míngua de disposição legal explícita acerca da sujeição dos créditos decorrentes da cessão de créditos ao plano de recuperação judicial, diferentemente do que ocorre com a alienação/cessão de créditos fiduciária (art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005), o Poder Judiciário tem decidido submeter tais créditos ao sistema recuperacional. No entanto, referido entendimento contrapõe-se à natureza jurídica do instituto, pois a cessão de créditos traduz negócio jurídico de transmissão de créditos do patrimônio do cedente para o cessionário. O presente trabalho propõe, com fundamento na Teorização da Cessão de Créditos concebida por Pontes de Miranda, demonstrar a viabilidade da não sujeição desses créditos à recuperação judicial. Para tanto, examinará o crédito bancário, seus fundamentos e escopo, e investigará a estrutura lógica e dinâmica de constituição da cessão de créditos, tendo como parâmetro judicial precedente exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Créditos Bancários. Cessão de Direitos. Créditos não sujeitos.

ABSTRACT

In the processing of judicial reorganization, there is a lack of explicit legal provision regarding the assignment of credits arising from the assignment of credits to the judicial reorganization plan, as opposed to the sale / assignment of fiduciary credits (article 49, paragraph 3, of Law nº 11.101/2005), the Judiciary has decided to submit such credits to the recovery system. However, this understanding is contrary to the legal nature of the institute, as the assignment of credits translates legal transaction of transmission of credits from the transferor's assets to the assignee. This paper proposes, based on the Theory of Credit Assignment designed by Pontes de Miranda, to demonstrate the feasibility of not subjecting these credits to judicial recovery. In order to do so, it will examine the bank credit, its fundamentals and scope, and will investigate the

logical and dynamic structure of credit assignment, having as judicial precedent set forth by the Court of Justice of the State of São Paulo.

Keywords: Judicial Recovery. Bank Credits. Assignment of rights. Credits not subject.

Introdução

O objeto deste estudo consiste na análise da não sujeição da cessão de créditos, prevista no art. 286 do Código Civil¹, ao sistema recuperacional. Nesse sentido, serão estudados os princípios basilares da legislação falimentar atual, bem como a natureza jurídica, estrutura lógica e dinâmica de constituição da cessão de créditos futuros com fins de garantia.

Sendo a recuperação judicial um instituto criado com o objetivo de sanar a crise econômico-financeira de uma empresa, preservando a manutenção da fonte produtora e as relações de emprego estabelecidas, afigura-se imprescindível e oportuno situar o crédito bancário nos propósitos da lei, percorrendo sua natureza jurídica, princípio vetor e função desempenhada.

Para tanto, a primeira precaução adotada para a consecução do escopo do presente trabalho consistiu em limitá-lo ao estudo dos credores sujeitos e não sujeitos ao plano de recuperação judicial. Tal delimitação fez-se necessária na medida em que a Lei nº 11.101/2005 também dispõe de tratamento específico para os credores diante da recuperação extrajudicial e da falência.

Sob uma perspectiva subjetiva, imperativo destacar que o presente estudo se cingiu a examinar, no domínio da recuperação judicial, o credor instituição financeira, comparado aos demais credores da empresa recuperanda, porém, sem discorrer maiores ilações sobre os credores trabalhadores e quirografários.

Ainda na esfera subjetiva, impõe-se pontuar mais uma delimitação, a qual consiste na análise do instituto da cessão de créditos sob a perspectiva da teorização idealizada por Pontes de Miranda, amparada em precedente judicial exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Por fim, no tocante ao caráter objetivo do tema ora apreciado, incumbe consignar que o trabalho teve como foco a fase

¹ Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva de cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

de verificação de créditos do procedimento da recuperação judicial, consistente na determinação da sujeição, ou não, dos valores garantidos por cessão de créditos ao plano de recuperação judicial.

1 Panorama histórico

1.1 Breve contexto histórico: 10 anos da Lei de Recuperação Judicial e Falência

A Lei nº 11.101, popularmente cognominada de Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, ao entrar em vigor em 09.06.2005 (após o transcurso da *vacatio legis* de 120 dias expressamente estipulados em seu art. 201), redirecionou e transformou todo o ordenamento jurídico pátrio regulador da falência.

Editado no período pós-guerra, o Decreto-Lei nº 7.661/1945 já não mais se adequava ou supria as necessidades da realidade vivenciada pelas empresas e, por conseguinte, pelo mercado.

Ao passo que o Decreto-Lei nº 7.661/1945 cingia-se, tão somente, à regulamentação da extirpação do falido do mercado, a Lei nº 11.101/2005 surgiu com uma outra proposta, objetivando alterar todo o foco do Direito Falimentar, e, ao criar o instituto da Recuperação Judicial e Extrajudicial, em substituição à Concordata, delimitou o propósito da legislação fundado nos seguintes alicerces:

- 1) Preservação da empresa.
- 2) Separação dos conceitos de empresa e empresário.
- 3) Recuperação das sociedades e dos empresários recuperáveis.
- 4) Retirada do mercado de sociedades ou de empresários não recuperáveis.
- 5) Proteção aos trabalhadores.
- 6) Redução do custo do crédito no Brasil.
- 7) Celeridade e eficiência dos processos judiciais.
- 8) Segurança jurídica.
- 9) Participação ativa dos credores.
- 10) Maximização do valor dos ativos do falido.
- 11) Desburocratização da recuperação de microempresas e empresas de pequeno porte.
- 12) Rigor na punição de crimes relacionados à falência e à recuperação judicial.

Com essa enumeração dos princípios listados, afigura-se evidente que a finalidade da legislação falimentar pretérita, o De-

creto-Lei nº 7.661/1945, deixou de ser a liquidação da sociedade empresária, para, com a vigência da Lei nº 11.101/2005, tornar-se instrumento de manutenção da empresa viável, de superação do estado de crise e, consecutivamente, da promoção de sua recuperação.

A sociedade, o mercado, o setor empresarial e o Poder Judiciário passaram, então, a partir do segundo semestre do ano de 2005, a conviver com uma lei que transferiu o foco do devedor para o credor e, também, para a própria atividade empresarial, na medida em que a atuação dos credores se consubstanciou determinante para o êxito da recuperação judicial e permanência da atividade empresarial, gerando emprego e receita para o Estado.

Nesse âmbito, o maior e mais célebre vetor e fundamento do atual Direito Falimentar, e, mais especificamente, do instituto da Recuperação Judicial, é o Princípio da Preservação da Empresa, aliado, em segundo plano, aos Princípios da Proteção aos Trabalhadores e da Proteção aos Interesses dos Credores.

O Princípio da Proteção da Empresa, verdadeira viga hermenêutica e teleológica da Recuperação Judicial e de todo o Direito Falimentar, conforme disposto no art. 47 da LRF, traduz a preocupação do legislador quanto aos aspectos objetivo e corporativo da atividade empresarial – pertinentes à manutenção da fonte produtora e do emprego –, aliados aos interesses dos credores, no escopo de formar a base fática sobre a qual a recuperação judicial atingirá o seu fim último: a permanência da empresa no mercado, com estímulo à atividade econômica, assegurada a sua função social.

Revela-se, portanto, explícita a intenção da lei em submeter a empresa aos fins sociais do Estado, por intermédio do regramento da organização empresarial vinculada a uma atuação responsável no domínio econômico.

Sobre o assunto, Rachel Sztajn (*apud* Milani, 2011, p.202) pontua:

A função social da empresa presente na redação do artigo indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio ambiente e à coletividade, e neste sentido é que se busca preservá-la.

A despeito dos valores inseridos e almejados com a estipulação da função social à atividade empresarial, imperioso reconhecer que tais objetivos somente restarão alcançados e, efetivamente, concretizados quando a empresa for lucrativa, é dizer, quando a exploração do seu objeto social resultar suficientemente rentável para subsidiar o empreendimento e, por conseguinte, cumprir devidamente as obrigações trabalhistas, tributárias e sociais (ambientais, assistenciais, dentre outros), consoante, outra vez, bem ressalva Rachel Sztajn (*apud* Milani, 2011, p.202):

A função social da empresa só será preenchida se for lucrativa, para o que deve ser eficiente. Eficiência, nesse caso, não é apenas produzir os efeitos previstos, mas é cumprir a função despendendo pouco ou nenhum esforço; significa operar eficientemente no plano econômico, produzir rendimento, exercer a atividade de forma a obter os melhores resultados. Se deixar de observar a regra da eficiência, metajurídica, dificilmente, atuando em mercados competitivos, alguma empresa sobreviverá.

Nessa direção, forçoso admitir que, para obter o favor legal da recuperação judicial e, consecutivamente, atingir seus fins, quais sejam, a continuidade da fonte produtora e do emprego, imprescindível a caracterização da viabilidade econômica da empresa, sem a qual o instituto da recuperação judicial se torna mera rolagem de dívida para, ao final, culminar na sua convocação em falência.

Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 412), no que tange a esse quesito, adverte:

Nem toda a empresa merece ou deve ser recuperada. A reorganização de atividades econômicas é custosa. Alguém há de pagar pela recuperação, seja na forma de investimentos no negócio em crise, seja nas perdas parciais ou totais de crédito. Em última análise, como os principais agentes econômicos acabam repassando aos seus respectivos preços as taxas de riscos associados à recuperação judicial ou extrajudicial do devedor, o ônus da reorganização das empresas no Brasil recai sobre a sociedade brasileira como um todo.

A análise do deferimento do processamento da recuperação judicial, dessa forma, não se adstringe, unicamente, à aferição pelo Juiz da entrega de toda a documentação prescrita no art. 51² da Lei nº 11.101/2005.

² Art. 51. A petição inicial será instruída com: (*in omissis*)

Ao contrário, a atuação jurisdicional deve buscar realizar a *mens legis* e, não somente, restringir-se ao mero exame de subsunção dos fatos à norma; a atuação, na verdade, deve consistir na aferição, de imediato, da viabilidade econômica da empresa requerente, sob pena de menoscabar o instituto da recuperação judicial, a exemplo do que ocorreu com a concordata.

Não se está a exigir do Magistrado exímio conhecimento de economia ou ciências contábeis. Impõe-se, apenas, que o Juízo, a partir da análise do requerimento de processamento da recuperação judicial, avalie a viabilidade econômica da empresa, com a apreciação mínima das condições financeiras e econômicas da atividade empresarial da sociedade (ou empresário individual) requerente, valendo-se dos recursos à disposição do Poder Judiciário.

Aplicar a Lei de Recuperação Judicial e Falência (LRF) destituída de uma visão econômica e financeira das circunstâncias norteadoras do requerimento da empresa ou dos demais legitimados é, sem sombra de dúvidas, atrofiar a legislação e, consequentemente, não efetivar a sua finalidade última, deixando de recuperar a empresa para, apenas, procrastinar a sua bancarrota, gerando mais ônus e dispêndios ao Judiciário e à sociedade como um todo.

Sucede que a lei não traz explicitamente tal competência ao Magistrado, redundando na disseminada, porém equivocada ideia de que não incumbe ao Juiz avaliar ou ponderar aspectos econômicos ao apreciar o requerimento de processamento da recuperação judicial.

O resultado dessa concepção errônea consiste no emprego deturpado e banalizado do Princípio da Preservação da Empresa, bem como em alegações frívolas que arguem a função social da empresa para obter do Judiciário decisões múltiplas no âmbito da recuperação judicial, quando, na realidade, o empreendimento padece de viabilidade econômica.

Esse é somente um dos diversos pontos e aspectos controvertidos da LRF que, gradualmente, a jurisprudência tem repensado e, por consequência, proferido decisões mais consentâneas com a realidade evidenciada e vivenciada pela empresa e exigida pelo mercado, conferindo ao Juiz a atribuição de, também, considerar a perspectiva econômica em suas decisões.

Passados mais de 10 (dez) anos da vigência da Lei de Recuperação Judicial e Falência, o cenário evidenciado não se revela animador. Segundo estimativa do Instituto Nacional da Recuperação Empresarial (INRE)³, nesse período, com base em amostras,

apenas 5% das empresas que requereram o favor legal voltaram à normalidade.

Ao todo, de acordo com o instituto⁴, foram registrados, desde o início da vigência da lei, 6.938 (seis mil, novecentos e trinta e oito) pedidos de recuperação judicial, e 3.859 (três mil, oitocentos e cinquenta e nove) requerimentos de falência. Os dados abrangem empresas de todo o país e reúnem informações das Juntas Comerciais de todos os estados.

O balanço realizado demonstra, inicialmente, a grande utilidade dessa ferramenta legal, concedendo, ao menos em princípio, certo alívio às empresas em estado de crise.

Entretanto, por outro lado, a incerteza e a insegurança dos credores ainda persistem, haja vista que, de acordo com o presidente do INRE e o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo⁵, o período de duração de um plano de recuperação judicial varia, em média, de seis a doze anos, com deságios entre 50% e 60% dos valores devidos, a depender do plano efetivamente aprovado pela Assembleia Geral de Credores.

O quadro descrito anteriormente ainda apresenta perspectivas otimistas. A realidade experimentada pelo estado de Pernambuco, por exemplo, diverge bastante dessa conjuntura. Em média, os deságios praticados variam de 70% a 85% do débito, traduzindo verdadeira remissão de dívida. A carência estabelecida para o cumprimento do plano de recuperação judicial, na maioria dos casos, coincide com o prazo de supervisão judicial previsto no art. 61⁶ da LRF, e os imóveis ofertados em garantia são alienados carentes da expressa autorização do credor hipotecário, em uma clara violação ao §1º do art. 50⁷ da já citada Lei de Recuperação Judicial e Falência.

Os desmandos e abusos exemplificados supra são praticados sob o argumento da soberania das decisões deliberadas em Assembleia Geral de Credores, a qual, segundo o atual enten-

³ RIBEIRO, Érica. Recuperação Judicial para 7 mil empresas. Disponível em: <http://www.albrae.com.br/recuperacao-judicial-para-7-mil-empresas/>. Acesso em 12.07.2016.

⁴ RIBEIRO, Érica. *Op., cit.*

⁵ RIBEIRO, Érica. *Op., cit.*

⁶ Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial.

⁷ Art. 50.

§ 1º Na alienação de bem de objeto de garantia real, a supressão da garantia ou sua substituição somente serão admitidas mediante aprovação expressa do credor titular da respectiva garantia.

dimento do Superior Tribunal de Justiça submeter-se ao controle de legalidade do Judiciário, apesar da ausência de expressa autorização legal do exame de viabilidade econômica da empresa.

A conjuntura econômica, política e social hodiernamente vivenciada pelo país elevou de modo significativo o percentual de requerimentos de recuperação judicial. De acordo com a Serasa Experian⁸, o número de pedidos de recuperação judicial no primeiro semestre de 2016 foi 87,6% superior ao registrado no mesmo período do ano passado.

Conforme o indicador Serasa Experian⁹ de Falências e Recuperações, o resultado das empresas que já requereram recuperação judicial nesse ano atinge um recorde histórico, sendo o maior para o acumulado do ano desde 2006, após a entrada em vigor da Lei nº 11.101/2005.

Diante dessas circunstâncias, apesar das inovações e transformações promovidas pela nova legislação, é mister reconhecer que a lei reclama aperfeiçoamento, até porque as relações comerciais e empresariais são dinâmicas, exigindo o acompanhamento e a adequação da legislação e do Judiciário, no intuito de viabilizar o fortalecimento da atividade empresarial e consequente desenvolvimento econômico do país.

Nesse sentido, uma das medidas prementes para aprimorar o instituto da recuperação judicial consiste no aparelhamento e atuação do Judiciário, a exemplo de criação de varas especializadas, treinamento contínuo, formação de quadros de profissionais especializados em recuperação de empresas pelo Judiciário, com a vocação e experiência exigidas para elevar o grau de segurança, bem como a formação de quadro de administradores judiciais com perfil alinhado ao espírito e aos ditames introduzidos pela lei.

Eximir-se de promover alterações dessa espécie tão somente vulnera e fragiliza, ainda mais, a atividade empresarial nacional, redundando em insegurança jurídico-financeira, morosidade do processo recuperatório-falimentar, planos de recuperação judicial mal concebidos cancelados pelo Judiciário, com dispêndio de dinheiro e tempo a empresas tecnicamente falidas no ato do pedido da recuperação judicial.

⁸ SERASA EXPERIAN. Empresas em Recuperação Judicial devem mais de R\$ 14 bilhões. Disponível em: <http://noticias.serasaexperian.com.br/empresas-em-recuperacao-judicial-devem-mais-de-r-14-bilhoes/>. Acesso em 20 de dez. 2016.

⁹ Cf. SERASA EXPERIAN. *Op. cit.*

O processo de aperfeiçoamento da aplicação da Lei de Recuperação Judicial e Falência passa, invariavelmente, pela atuação proativa do Judiciário, e, também, dos bancos, dos Fundos de Investimento e, logicamente, das empresas, o que, sem dúvidas, contribuirá para o desenvolvimento econômico e bem-estar social, atraindo novos investimentos, reduzindo o risco financeiro e, consecutivamente, o *spread* bancário.

1.2 Posição dos créditos bancários no quadro geral de credores da recuperação judicial

Dentre os diversos *stakeholders*¹⁰ atuantes na recuperação judicial, as instituições financeiras figuram como um dos agentes principais, senão aquele de maior relevância para o êxito do cumprimento do plano de recuperação judicial, equilíbrio da atividade empresarial e consecutiva manutenção da fonte produtora e geradora de emprego.

É inegável que os créditos de titularidade dos estabelecimentos bancários representam a maior parcela do endividamento das empresas em crise. Por outro lado, é bem verdade, também, que o soerguimento e respectiva continuidade da fonte produtora dependem, igualmente, do financiamento e do incentivo das instituições financeiras.

As relações de mercado demandam necessidades de investimento financeiro, nas quais – em uma ordem econômica capitalista – o Estado não atua relegando o papel principal de sua atuação às instituições financeiras, que, por sua vez, investem seu capital nas empresas, promovendo, assim, o desenvolvimento econômico do país.

Justifica-se, portanto, desse modo, o tratamento legal diferenciado dispensado aos créditos bancários, no escopo de preservar a atividade empresária e, conseqüentemente, o bem-estar de todos que dela dependem.

Nesse contexto, a Lei de Recuperação Judicial e Falência aprimorou o regramento falimentar e, diante de todas as inovações implementadas, introduziu o **Princípio da Redução do**

¹⁰ Ricardo José de Almeida afirma que os stakeholders são os que influenciam a empresa e, em uma visão mais ampliada, aqueles que são influenciados por ela, no curso de suas atividades. Com isso, Renata Weingrill Lancellotti assevera que, no processo de recuperação judicial, os stakeholders são: os devedores, os credores (dentre eles, fornecedores, trabalhadores, bancos, governo, etc.) e os investidores. In: LANCELOTTI, Renata Weingrill. *Governança Corporativa na Recuperação Judicial: Lei nº 11.101/2005*. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2010.

Custo do Crédito, cuja aplicação viabiliza concretamente a preservação da empresa, objetivando propiciar à atividade empresarial um instrumento garantidor de segurança, agilidade e amplitude suficiente para a efetividade do sucesso do cumprimento do plano de recuperação judicial.

O Princípio da Redução do Custo do Crédito consta expressamente no Relatório da Comissão de Assuntos Econômicos sobre o PLC nº 71/2003, oriundo do PL nº 4.375/1993, que originaram a Lei nº 11.101/2005, nos seguintes termos:

[...] é necessário conferir segurança jurídica aos detentores de capital, com a preservação das garantias e normas precisas sobre a ordem de classificação de créditos na falência, a fim de que se incentive a aplicação de recursos financeiros a custo menor nas atividades produtivas, com o objetivo de estimular o crescimento econômico¹¹.

Trata-se, dessa forma, de princípio incorporado à lei no propósito de reduzir os *spreads* bancários, facilitando a reestruturação da empresa em crise econômico-financeira e o investimento de capital dos bancos.

Em verdade, o princípio exprime a colaboração entre Estado e instituições financeiras para o êxito do novo sistema falencial, por meio de métodos que estimulem os bancos à concessão de créditos às empresas em crise financeira e econômica.

Importante ressaltar que o Princípio da Redução do Custo do Crédito orienta-se pela exegese e aplicação do Princípio da Preservação da Empresa, objetivando, ambos, a continuidade da fonte produtora, geradora de riqueza, emprego e renda, tendo como escopo precípua a função social da empresa.

Constata-se, nesses termos, que inexistente oposição, discrepância ou contrariedade entre os princípios da Preservação da Empresa e o da Redução do Custo do Crédito, tampouco entre a função social da atividade empresarial e o seu escopo (obter lucro).

Na realidade, ambos os princípios convergem para um fim único traduzido na reorganização da empresa. Com isso, a Lei nº 11.101/2005 prevê especificidades e benesses para os créditos com garantia real, que, na maioria das vezes, possuem natureza bancária.

¹¹ SENADO FEDERAL. Comissão de Assuntos Econômicos. Exposição de Motivos da Lei nº 11.101/2005. Parecern. 534. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5809>>. Acesso em 14 de dezembro de 2016. p. 30.

Além disso, o art. 49, § 3º¹², da LRF, cujo teor dispõe sobre os créditos excluídos da recuperação judicial, também reflete a aplicação do Princípio da Redução do Custo do Crédito, haja vista que grande parte dos créditos bancários vincula-se a negócios fiduciários em garantia, quer seja alienação ou cessão fiduciária de bens móveis ou imóveis, exprimindo a *mens legis* do atual modelo recuperacional brasileiro.

Diante das circunstâncias explicitadas, caracterizadoras da própria constituição do instituto da recuperação judicial e do seu regramento, infere-se a singularidade e importância do crédito bancário, impondo-se imperativo o reconhecimento do tratamento diferenciado atribuído pela legislação.

Ocorre que o Poder Judiciário, geralmente induzido pela própria Recuperanda, não reconhece a relevância e o valor do crédito bancário para o êxito do processo recuperacional, tratando-o, na verdade, como o “grande vilão” para o cumprimento do plano de recuperação judicial.

Há que sopesar, todavia, que a empresa em crise econômica (e/ou financeira) carece de investimento para superar os percalços suportados e, consecutivamente, reerguer-se. Para tanto, nos moldes do atual sistema recuperacional, as instituições financeiras colaboram com o Estado e se dispõem a investir seu capital nas empresas deficitárias, desde que, porém, o retorno do seu crédito desfrute de maior segurança.

Somente nessas circunstâncias, com uma certa previsibilidade no retorno do capital investido, é viável às instituições financeiras conceder crédito às empresas em condições diferenciadas, com a oferta de juros reduzidos, prazo alongado, carência ampliada e desburocratização na formalização do crédito.

Tal modelo de incentivo à concessão de crédito não é novidade no ordenamento jurídico pátrio. No âmbito do sistema fi-

¹² Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

nanceiro de habitação, a Lei nº 10.931/2004, em seu art. 26¹³ e seguintes, instituiu a Cédula de Crédito Bancário, criando, ainda, a alienação e cessão fiduciárias em garantia na seara do mercado financeiro e de capitais, ao incluir o art. 66-B¹⁴ à Lei nº 4.728/1965.

O modelo recuperacional da Lei nº 11.101/2005 apenas se reportou a tais dispositivos e os transportou para os autos da recuperação judicial. Com efeito, o art. 49, § 3º¹⁵, da LRF, ao excluir o negócio fiduciário e o arrendamento mercantil da recuperação judicial, somente respeitou e submeteu-se ao disciplinamento da legislação específica pertinente aos institutos referenciados.

Ademais, inobstante a incompreensão do crédito bancário na recuperação judicial, o Magistrado, muitas vezes, ainda desconhece a estrutura e o funcionamento das operações e dos contratos bancários, os quais, em sua maioria, reúnem diversos institutos civis e comerciais, adotando uma constituição complexa e particular. Um exemplo disso são as operações estruturadas e os empréstimos sindicalizados.

Quando identificado esse panorama no processamento da recuperação judicial, a condição do crédito bancário resta relegada à própria sorte, sendo dispensada pelo Juízo uma análise singela e um tratamento trivial, quando, de fato, o referido crédito agrega institutos de natureza jurídica desprezados pelo Magistrado.

Um exemplo desse fato ocorre com a cessão civil em garantia, em que o Juízo Universal da recuperação judicial simplesmente renega a transferência de titularidade do crédito ofertado em garantia do valor tomado e submete ao processo recuperacional a operação bancária, suprimindo do Banco credor a propriedade do crédito cedido e todas as garantias e particularidades que o motivaram a financiar a empresa com juros reduzidos e demais benesses, consoante restará demonstrado no presente trabalho.

¹³ Art. 26. A Cédula de Crédito Bancário é título de crédito emitido, por pessoa física ou jurídica, em favor de instituição financeira ou de entidade a esta equiparada, representando promessa de pagamento em dinheiro, decorrente de operação de crédito, de qualquer modalidade.

¹⁴ Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

¹⁵ *Op. cit.*

2 Da cessão de crédito

2.1 Estrutura legal da cessão de crédito, elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia

A exclusão de algumas espécies do crédito bancário da recuperação judicial não somente decorre da inserção do Princípio da Redução do Custo do Crédito no sistema recuperacional, mas, sobretudo, em função da própria natureza jurídica dos institutos atrelados às operações bancárias.

Exemplo concreto da hipótese aduzida anteriormente são os negócios fiduciários, os quais, no bojo do processo da recuperação judicial, independentemente da aplicação do Princípio da Redução do Custo do Crédito, por si só, em face das peculiaridades jurídicas que ostentam, não se sujeitam ao pagamento na forma do plano de recuperação judicial.

Nos negócios fiduciários e no arrendamento mercantil, os bens vinculados à operação bancária não pertencem à empresa recuperanda, razão pela qual não se submetem aos efeitos da recuperação judicial, prevalecendo os direitos de propriedade sobre o respectivo bem e as condições contratuais pactuadas.

Nesses casos, considerando que o negócio fiduciário transfere a plena e efetiva propriedade de uma coisa e/ou titularidade de um bem, no propósito de garantir uma obrigação entabulada entre o devedor-fiduciante ao credor-fiduciário, na ocorrência de uma eventual inadimplência, fica o credor autorizado a utilizar o produto da coisa (ou do bem) alienado fiduciariamente para abater ou liquidar a dívida e os encargos incidentes, restituindo eventual saldo remanescente.

Desse modo, em face da própria peculiaridade do regime fiduciário, tratando-se de mecanismo autossatisfativo, os créditos fiduciários, sejam eles de titularidade das instituições financeiras ou não, ficam excluídos da recuperação judicial, ao menos até o limite do valor vinculado.

A partir dessas ilações, observa-se que a exclusão dos créditos fiduciários na recuperação judicial, segundo dispõe o § 3º do art. 49 da LRF, decorre não somente do fator teleológico do Princípio da Redução do Custo do Crédito, mas, também, da submissão e deferência à estrutura lógica jurídica do negócio fiduciário.

Consoante brevemente explicitado anteriormente, no negócio fiduciário o Credor detém a propriedade fiduciária do bem (móvel ou imóvel) vinculado em garantia da operação, não obstante o devedor fiduciante detenha a posse direta da coisa.

Por isso, considerando que a coisa cedida ou alienada fiduciariamente ainda não adentrou o patrimônio da recuperanda, inexistem fundamentos jurídicos ou legais que justifiquem a inclusão do crédito (até o limite da garantia) no processo recuperacional.

Na cessão de crédito, por sua vez, ressalvadas as peculiaridades de cada instituto, ocorre algo similar, razão pela qual os créditos advindos de cessão civil também não devem integrar a relação de créditos sujeitos à recuperação judicial.

A cessão de crédito encontra previsão legal no art. 286¹⁶ do Código Civil, sendo conceituada por Pablo Stolze Gagliano (2007, p. 246)

como consistente em “um negócio jurídico por meio do qual o credor (cedente) transmite total ou parcialmente o seu crédito a um terceiro (cessionário), mantendo-se a relação obrigacional primitiva com o mesmo devedor (cedido)”.

Pontes de Miranda (1958, p. 267-268) simplesmente expõe o instituto como o negócio jurídico bilateral de transmissão de crédito entre o credor e outrem.

Os conceitos transcritos supra traduzem o entendimento consolidado do instituto e, inequivocamente, demonstram que a cessão de crédito constitui mecanismo de transmissão de crédito, da titularidade do patrimônio do credor a um terceiro.

A despeito da singeleza das exposições, a estrutura lógica jurídica da cessão de crédito apresenta-se de forma mais complexa, infelizmente, não explicitada pela maioria da doutrina, por isso em sua essência incompreendida, e, tão somente, explanada por Pontes de Miranda.

Segundo a teorização do instituto por Pontes de Miranda, a cessão de crédito consubstancia a concatenação de dois negócios jurídicos, dois contratos, cada qual passível de análise estrutural.

O primeiro deles é aquele comumente identificado como negócio-base, negócio basal, negócio básico ou contrato-base, consistente em um dentre os vários tipos contratuais legais tipificados, ou até mesmo os tipos socialmente construídos, com fundamento na autonomia privada.

¹⁶ Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

O segundo negócio jurídico, por sua vez, é o acordo de transmissão, entendido como um contrato de disposição, cujo objeto se cinge fundamentalmente à transmissão translativa de um crédito.

Ambos os contratos estabelecem prestações e contraprestações às partes componentes da relação estabelecida com a cessão de crédito. Mas, sob o prisma funcional, enquanto o contrato-base permite a vinculação entre as partes consoante pretendido, o contrato dispositivo (acordo de transmissão) tem a função de adimplemento do contrato-base e efetuar a efetiva transmissão do crédito.

Considerando a dinâmica da teorização idealizada por Pontes de Miranda, acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio, temos a seguinte estrutura lógica jurídica do instituto: duas etapas nucleares (I e II), uma etapa eventualmente complementar (III) e quatro etapas suplementares, conforme esquematizado a seguir:

NEGÓCIO BASAL (I) -> ACORDO DE TRANSMISSÃO (II) -> TRADIÇÃO (III)
-> NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR (IV) -> CONSENTIMENTO PARA
REGISTRO (V) -> REGISTRO (VI)

As etapas representadas em I e II são essenciais para a concretização da cessão de crédito, sem as quais inexiste o instituto. Como já ressaltado, o negócio jurídico basal é subjacente à transferência de crédito e assume uma variedade de formas e tipos legais, a exemplo da compra e venda, doação, mútuo, dação em pagamento, dentre outros.

O acordo de transmissão, repita-se, é, concomitantemente, de disposição quanto ao crédito cedido, e de adimplemento em relação ao negócio jurídico basal, tendo eficácia translativa, ou seja, de efetiva transferência do patrimônio do credor cedente para o terceiro cessionário.

A etapa pertinente à tradição é tida como eventualmente complementar, porque não se apresenta primordial para a configuração da cessão de crédito, visto que, em certas espécies de cessão de crédito, não é possível realizar a entrega do objeto cedido ao cessionário, a exemplo da cessão de crédito futuro em garantia. Há outras, no entanto, em que a tradição se perfaz imprescindível, como na hipótese do crédito materializado em títulos de crédito.

A notificação, por sua vez, consubstancia etapa suplementar porque apenas confere eficácia perante o devedor. Contudo, diante das partes componentes da cessão (cedente e

cessionário), o negócio jurídico já se revela aperfeiçoado e apto para produzir seus efeitos e atingir o fim a que se propõe.

A notificação, por outro lado, torna-se requisito de validade quando, no contrato-base, há estipulação nesse sentido, dispondo a necessidade da autorização do devedor cedido para a regularidade da operação de cessão de crédito.

Fora dessas hipóteses, a notificação do devedor não tem o condão de macular e anular a cessão de crédito carente de tal providência.

O consentimento para registro e o efetivo registro também figuram como etapas suplementares, uma vez que não influenciam a existência da cessão, mas, tão somente, a oposição da eficácia perante terceiros, para além do devedor.

De acordo com o esquema apontado, infere-se que o contrato-base e o acordo de transmissão traduzem elementos de existência, sem os quais inexistente cessão de crédito.

Por sua vez, a tradição e a notificação do devedor, a depender do negócio-basal celebrado, constitui elemento de validade ou fator de eficácia.

As últimas etapas do processo de constituição da cessão de crédito, consistentes no consentimento de registro e registro efetivamente, aparecem como fatores de eficácia, passíveis de conferir ao instituto efeitos *erga omnes*.

Ademais, imperioso ainda enfatizar que o próprio contrato-base deve, também, obedecer aos elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia que o caracterizam, sob pena de nulidade ou anulabilidade da cessão de crédito, haja vista se tratar de negócio jurídico causal.

Diferentemente do que defendia Pontes de Miranda, a doutrina e jurisprudência já pacificaram o entendimento de que a cessão de crédito é negócio jurídico causal, em que negócio basal e contrato dispositivo se conectam, de sorte que as exceções pessoais do devedor em face do cedente podem ser, também, alegadas contra o cessionário, estipulando, ainda, que a mácula evidenciada no contrato-base ou acordo de transmissão pode viciar a cessão em parte ou no todo.

Esquematisado o processo de constituição da cessão de crédito, relevante enfatizar a função primordial do referido instituto, propiciando o desenvolvimento da economia e o enriquecimento das práticas empresariais e comerciais.

A aplicação da cessão de crédito às relações empresariais e comerciais agrega outras funções, não menos importantes, ao instituto, adaptando-o ao dinâmico mundo empresarial, conferindo à operação de cessão de crédito, no contexto de transa-

ções especiais e complexas, a função de, por exemplo, garantia e de financiamento.

Em verdade, ao longo dos anos, o instituto da cessão passou por uma evolução, e, atualmente, a doutrina ressalta o seu caráter de transmissibilidade e produção de riquezas, não se traduzindo em um mero modelo contratual, tendo em vista que é um mecanismo dinâmico e não só responsável pela transmissão de créditos, mas, sobretudo, pela circulação e produção de riquezas, consoante preconiza Maria Helena Diniz (2002, p. 422):

A cessão de crédito justifica-se, pois o direito de crédito representa, sob o prisma econômico, um valor patrimonial: daí sua disponibilidade, podendo ser negociado ou transferido, já que representa promessa de pagamento futuro. Pode ser, indubitavelmente, objeto de contrato, pois sempre haverá quem ofereça certo valor. A moderna conceituação de obrigação, que a concebe como um vínculo pessoal entre sujeitos substituíveis, foi determinada pelo novo estilo da vida econômica, que impôs a circulação do crédito, de forma que será permitido ao credor dispor dele, realizando negócio para transferi-lo a outrem.

Diante disso, à vista da natureza jurídica do instituto, apesar da ausência da menção da cessão de crédito dentre as exceções previstas no art. 49, § 3º, da LRF, o magistrado responsável pelo trâmite da recuperação judicial simplesmente não pode renegar a transmissão de crédito efetuada e submeter os valores ao concurso recuperacional.

Aperfeiçoada a cessão de crédito, com a formalização do contrato entre cedente e cessionário (sendo cumpridas e finalizadas as etapas nucleares do processo de constituição do instituto), restou operacionalizada a transmissão do crédito, com a transferência do crédito do patrimônio do credor cedente para o patrimônio do terceiro cessionário.

O crédito cedido, portanto, não mais integra o patrimônio da empresa recuperanda, não podendo, dessa forma, integrar o processo de recuperação judicial, sob pena, inclusive, de enriquecimento ilícito do credor cedente, o qual já recebeu sua prestação em face da celebração do contrato-base com o terceiro cessionário.

Os Princípios da Preservação da Empresa e da Proteção dos Trabalhados, sob a égide dos valores da função social da empresa, não invalidam, cancelam nem revogam a transmissão de crédito outrora estabelecida na cessão de crédito, sob pena de repudiar e negar o Princípio da Segurança Jurídica e da Boa-Fé dos Contratos.

Urge, dessa maneira, que os credores detentores de créditos oriundos da cessão de crédito esclareçam a real natureza do instituto ao Administrador Judicial e Magistrado, no intento de conscientizar e clarificar o Juízo acerca da função e importância desse mecanismo, além de atentar para o seu devido regramento legal.

2.2 Cessão de crédito na recuperação judicial e estudo de precedente judicial

Todos os demais créditos não excepcionados pelo art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2205 submetem-se aos efeitos da recuperação judicial do devedor, ou seja, sujeitam-se às disposições do plano de recuperação judicial para o cumprimento e liquidação das dívidas, com a aplicação de deságio, alongamento da dívida, redução de encargos e, inclusive, em certas ocasiões, até alienação de garantias, dentre outras circunstâncias.

Segundo o entendimento geral, os créditos provenientes da cessão de créditos, em virtude da ausência de sua referência no § 3º do art. 49 da LRF, considera-se, via de regra, sujeitar-se-iam à recuperação judicial.

Sucede que o posicionamento, muitas vezes decorrente de uma concepção simplista, não reconhece a natureza jurídica e o regramento legal do instituto, causando prejuízos aos credores cessionários e vulnerando o Princípio da Segurança Jurídica.

Por se tratar de negócio jurídico de transmissão de crédito, o instituto da cessão civil enseja não só a alteração da titularidade do objeto cedido, como, também, a transferência da coisa/do crédito do patrimônio do cedente para o patrimônio do cessionário.

À semelhança do crédito fiduciário, o qual não se sujeita à recuperação judicial em decorrência do seu regime legal (direito de propriedade resolúvel), os créditos derivados da cessão de créditos também não se submetem ao sistema recuperacional, uma vez que não fazem parte do ativo da massa recuperanda, e aqui, o que se dá é a transferência plena de propriedade, sendo a sua resolutividade uma opção do credor.

No âmbito das operações bancárias, geralmente constituídas para fins de garantia, tendo por objeto créditos futuros, a cessão de créditos, ao ser aperfeiçoada, transfere para o cessionário a titularidade dos créditos e direitos cedidos, não mais possuindo o cedente qualquer ingerência sobre a coisa (créditos decorrentes de duplicatas, recebíveis, dentre outros).

Dessa forma, além da incidência do Princípio da Redução do Custo do Crédito, pois as operações bancárias com vinculação

de cessão de créditos estimulam o banqueiro a reduzir os juros praticados e, por conseguinte, facilitar o acesso ao capital, o regime jurídico aplicável ao instituto não se compatibiliza com o sistema recuperacional.

Passados 10 (dez) anos da vigência da Lei de Recuperação Judicial, as lacunas que envolvem essa questão ainda não restaram solucionadas. Ao contrário, somente agora, a jurisprudência, mais precisamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, parece atentar para a peculiaridade e especificidade do caso.

A Segunda Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no Agravo de Instrumento nº 2138995- 37.2015.8.26.0000, proferiu julgado nos seguintes termos, publicado em 18.11.2015:

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO DE RECEBÍVEIS SEM CONSTITUIÇÃO DE GARANTIA FIDUCIÁRIA.

Agravo de instrumento contra a decisão que, em incidente de impugnação, sujeitou o crédito do agravante, instituição financeira, à recuperação judicial da agravada.

Não se trata de alienação fiduciária de créditos. No caso em exame, a situação é diversa. Não se trata de cessão fiduciária de recebíveis, isto é, não se constituiu garantia fiduciária na cessão do crédito, de modo que não se pode subsumir a situação dos autos ao disposto no art. 49, § 3º, da LFRJ.

É necessário lembrar que a cessão de crédito importa em transmissão da sua titularidade, ou seja, o crédito cedido pertence ao cessionário e a ele se reconhecem todas as prerrogativas do credor.

Consequentemente, os recebíveis créditos cedidos não pertencem à recuperanda, que os transmitiu regularmente antes da recuperação judicial. Logo, tem o agravante, como titular desses créditos, o direito de receber integralmente o valor da dívida diretamente dos respectivos devedores. Esse direito que lhe foi transmitido com a cessão de crédito não pode agora ser anulado, negando-se efeitos ao negócio jurídico válido e acabado, ainda que se verifique que o crédito está por receber ou, como preferem alguns, a performar. Esses créditos não estão sujeitos à recuperação judicial, porque não pertencem à recuperanda, que já recebeu por eles em negócio jurídico anterior.

Há, todavia, uma situação a ser enfrentada. Respondendo o cedente pelo pagamento dos recebíveis créditos cedidos, como é o caso, o crédito do agravante em via de regresso tem origem em obrigação constituída anteriormente à recuperação, de forma que esse crédito está sujeito aos efeitos da recuperação.

Forçoso concluir, portanto, que o crédito concedido à recuperanda pelos vários instrumentos de cessão juntados aos autos, deve ser habilitado por inteiro na recuperação, exatamente como determinado pela decisão agravada, porque há uma obrigação da recuperanda em pagar por eles se o cessionário deixar de receber, e essa obrigação, assumida antes da recuperação, não pode deixar de ser considerada no Plano de Recuperação.

Contudo, cumpre observar que a habilitação não retira os efeitos da cessão de crédito, de forma que o agravante tem o direito constituído de receber os créditos cedidos. Só concorrerá com os demais credores quirografários da recuperanda pelos valores que não recebeu e na forma do art. 297 do Código Civil [O cedente, responsável ao cessionário pela solvência do devedor, não responde por mais do que daquele recebeu, com os respectivos juros; mas tem de ressarcir-lhe as despesas da cessão e as que o cessionário houver feito com a cobrança.]. Em outras palavras, o crédito do agravante deve ser habilitado na recuperação pelo valor que pagou ao cedente, porque ele representa obrigação existente antes da recuperação. Todavia, só haverá pagamento ao agravante na recuperação pelos valores não recebidos, e de acordo com as condições do Plano de Recuperação, se não preferir se voltar contra eventuais coobrigados.

A decisão agravada, nesse ponto, deve ser mantida com a observação feita no sentido de que, embora habilitado o crédito, por inteiro, **persiste o direito do agravante de receber os créditos cedidos, remanesendo contra a recuperanda somente a responsabilidade pelos créditos não solvidos, e nesse caso, nas condições do Plano de Recuperação.**

Verba honorária. No que tange ao valor dos honorários advocatícios fixados (R\$ 1.000,00), arbitrados com fundamento no art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, cumpre observar que a verba fixada é mínima diante do valor do crédito discutido, presente a litigiosidade da impugnação.

Recurso parcialmente provido.

O Desembargador Relator Carlos Alberto Garbi alcançou o âmago da questão e apontou pormenorizadamente as especificidades da cessão de crédito que autorizam a recepção dos créditos cedidos fora da recuperação judicial.

No decorrer do voto lançado, para esclarecer a não submissão da cessão de crédito à recuperação judicial, o Relator vale-se dos ensinamentos de Pontes de Miranda, *verbis*:

É necessário lembrar que a cessão de crédito importa em transmissão da sua titularidade, ou seja, o crédito

cedido pertence ao cessionário e a ele se reconhecem todas as prerrogativas do credor. Como esclarece PONTES DE MIRANDA, "a cessão de crédito transmite o crédito mesmo, e não só o seu exercício. A cessão ou se opera em virtude de negócio jurídico, ou por lei, ou por decisão judicial. Em qualquer das três espécies, o cessionário passa a ser titular do crédito cedido, em vez do cedente" [Tratado de Direito Privado, t. XXIII, atualizado por Nelson Nery Jr. E Rosa Maria de Andrade Nery, ed. RT, p. 347]. Acrescentam os atualizadores da grande obra de Pontes de Miranda que "a cessão é uma forma de alienação, porque a alienação (*alienatio*) é a transferência de um direito a outrem, por ato volitivo do titular" (Espínola, Eduardo. Sistema do direito civil brasileiro. Teoria geral das relações jurídicas de obrigação. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944, vol. UU, t. I, p. 232) "e a cessão tem esse caráter duplo, de perda e de aquisição de um direito, no que toca ao seu titular. É uma forma de sucessão da titularidade de uma relação obrigacional." [*op. cit.*, p. 355]. (grifos e sublinhados da autora)

Ao alcançar o cerne da questão, bem como a obviedade do regramento legal à hipótese, o Desembargador Relator, invariavelmente, conclui pela não submissão dos recebíveis cedidos ao processo de recuperação judicial, aplicando, posteriormente, as especificidades do contrato-base para a cobrança da dívida, tendo, ainda, no caso específico, parte do débito sido submetida ao processo de recuperação judicial.

Na hipótese dos contratos celebrados pelo banco, aplicando-se o fundamento essencial do julgado do TJSP, consistente no reconhecimento da não sujeição da cessão de créditos ao processo de recuperação judicial, infere-se, inicialmente, a urgência de arguição dessa tese nas oportunidades de manifestação diversa por parte do Administrador Judicial e do Juízo Universal da Recuperação Judicial.

Muito embora o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, até o momento, esteja isolado na compreensão do instituto, urge suscitá-lo para que seja elevada ao Superior Tribunal de Justiça para uniformização do entendimento, perfazendo providencial a alegação da tese em juízo para o expreso pronunciamento dos demais Tribunais de Justiça do país.

Conclusões

No curso deste trabalho, foram analisadas a estrutura lógico-jurídica e a dinâmica do processo de constituição da cessão de créditos no domínio do sistema recuperacional, ressaltando

os princípios basilares e vetoriais da lei, bem como a natureza jurídica e a respectiva função econômica do instituto da cessão civil.

Cabe, assim, recapitular as principais conclusões obtidas ao longo do presente estudo, para, ao final, tecer as últimas considerações.

a) Principais conclusões

a.1) Panorama da Lei de Recuperação Judicial e Falência após o decurso de 10 anos de sua vigência

A análise do contexto histórico no qual a Lei nº 11.101/2005 restou publicada aponta para o fato de que a recuperação judicial de empresas representou inovação de todo o sistema falimentar outrora estipulado em nosso ordenamento jurídico, cuja finalidade consistiu, a partir de então, na preservação da empresa, com a valorização de sua função social, voltando todos os esforços para a manutenção da fonte produtora, proteção dos empregos e conservação dos interesses dos credores.

Concluiu-se que, para a consecução de tais fins, a recuperação judicial fundamenta-se no tripé de princípios estabelecidos no art. 47¹⁷ da LRF – Princípio da Preservação da Empresa, da Proteção aos Trabalhadores e dos Interesses dos Credores – atrelados ao Princípio da Redução do Custo do Crédito.

Ainda se inferiu que, com a conjuntura de crise política e social vivenciada no país, o requerimento do instituto da recuperação judicial banalizou-se, sendo utilizada pelas empresas a invocação desmedida e desarrazoada do Princípio da Preservação da empresa, colocando a questão perante o Poder Judiciário em oposição ao Princípio da Redução do Custo do Crédito, e, por consequência, em contradição às garantias regularmente constituídas pelas instituições financeiras.

Desse modo, o estudo do cenário atual da aplicação da Lei nº 11.101/2005 permitiu identificar a compreensão equivocada do Judiciário acerca do entendimento e tratamento dos créditos bancários na recuperação judicial, incumbindo às instituições financeiras o dever de informar, desmistificar e esclarecer a impor-

¹⁷ Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

tância do Princípio da Redução do Custo do Crédito para o sistema recuperacional, bem como para o soerguimento e desenvolvimento das empresas e economia nacional.

a.2) Da cessão de crédito na recuperação judicial

A despeito do reconhecimento jurisprudencial da exclusão dos créditos fiduciários bancários do quadro geral de credores da recuperação judicial, na forma do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005, os créditos decorrentes da cessão de créditos, prevista no art. 286 do Código Civil, ainda não obtiveram o mesmo reconhecimento, apesar do regime jurídico próprio que a caracteriza, cuja aplicação é incompatível com a sua inclusão no sistema recuperacional.

No que diz respeito à estrutura lógico-jurídica da cessão de créditos, conclui-se que o instituto constitui verdadeira transmissão de crédito, em que os créditos cedidos são transferidos da esfera patrimonial do cedente para adentrar no patrimônio doessionário.

Com isso, firma-se a concepção de que os créditos advindos da cessão de créditos não integram a massa patrimonial da recuperanda, não tendo a recuperação judicial o condão de anular nem invalidar negócio jurídico perfeito e acabado.

Quanto à dinâmica do processo de constituição da cessão de créditos, observou-se que alguns dos contratos celebrados pela instituição financeira seguem a teorização do instituto idealizada por Pontes de Miranda, com a sua especificação em cláusula própria, impondo-se que lhes seja dispensado o adequado tratamento legal.

b) Considerações finais

Sob o ponto de vista teórico, o presente estudo buscou demonstrar que a estrutura lógico-jurídica da cessão de créditos, baseada na teorização do instituto idealizada por Pontes de Miranda, viabiliza a defesa em juízo da exclusão de tais valores do âmbito da recuperação judicial, não se opondo ao Princípio da Preservação da Empresa, fundamentando-se, também, no Princípio da Redução do Custo do Crédito, em atenção ao desempenho da função econômica em prol da própria empresa e do desenvolvimento econômico do país.

Dessa forma, o trabalho pretendeu esboçar os pilares de um arcabouço teórico que sustente a premissa de supressão dos valores decorrentes da cessão de créditos do concurso promo-

vido pela recuperação judicial, com esteio em precedente jurisprudencial exarado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Delineada a base teórica, este estudo procurou examinar e identificar eventuais lacunas ou equívocos praticados na constituição da cessão civil nos contratos celebrados pelo estabelecimento bancário, reconhecendo a obediência das cláusulas estipuladas à teorização do instituto exposta por Pontes de Miranda.

Com efeito, no propósito de aperfeiçoar os instrumentos de crédito utilizados pelo banco, sobretudo quando empregada a cessão de créditos como meio de garantia do capital financiado, à vista do cenário judicial desfavorável acerca da posição da cessão de créditos na recuperação judicial, sugere-se a disposição contratual que, de logo, reconheçam as partes (cedente e cessionário) a sua não submissão aos efeitos da recuperação judicial, por força da transferência de titularidade do crédito operada na forma do art. 286 do Código Civil.

Em síntese, buscou-se, por meio do presente estudo, oferecer argumentos sólidos e robustos para a defesa da exclusão dos créditos decorrentes de cessão de créditos no processo de recuperação judicial, com fundamento na teorização desse instituto concebida por Pontes de Miranda e precedente judicial exarado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Referências

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 2º Volume. 17ª ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406 de 10/01/2002). São Paulo: Saraiva: 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II: Obrigações**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresas – o novo regime de insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2008.

FERNANDES, Jean Carlos. **Cessão Fiduciária de Títulos de Crédito: A Posição do Credor Fiduciário na Recuperação Judicial da Empresa**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas**. Volume 4, 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. **A Eficiência do Processo Judicial na Recuperação Judicial de Empresa**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

ABRÃO, Carlos Henrique. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. Editora Saraiva 2ª ed. revista e atualizada, 2007.

ABRÃO, Nelson. **Direito Bancário**. Editora Saraiva. 12ª ed. São Paulo, 2009.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. **Lei de Recuperação de Empresas e Falência: comentada artigo por artigo**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ABRÃO, Carlos Henrique; ANDRIGHI, Fátima Nancy; BENETI, Sidnei. **10 anos de vigência da Lei de Recuperação e Falência (Lei nº 11.101/05): retrospectiva geral contemplando a Lei nº. 13.043/2014 e a Lei Complementar nº. 147/2014**. São Paulo: Saraiva, 2015.

HAICAL, Gustavo. **Cessão de Crédito: existência, validade e eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

F. C. PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

MILANI, Mario Sergio. **Lei de Recuperação Judicial, Recuperação Extrajudicial e Falência Comentada**. São Paulo: Malheiros, 2011.

LANCELOTTI, Renata Weingrill. **Governança Corporativa na Recuperação Judicial: Lei nº 11.101/2005**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2010.

BRASIL. **Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Consultado em 25.06.2016.

Classificação dos créditos no concurso particular de credores

Paulo Henrique Garcia Hermosilla

Mestre e Doutor em Direito Civil pela

Universidade de São Paulo

Assessor Jurídico – AJURE/Adjunta Campinas –

Banco do Brasil S/A

RESUMO

O objetivo desta obra é servir de referência rápida aos que se deparam com o conflito das preferências e dos privilégios creditórios no âmbito do concurso particular de credores. A legislação não disponibiliza, de maneira objetiva, a ordem de preferência dos créditos, o que obriga o consulente a pesquisar as fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais a fim de agregar segurança jurídica à decisão a ser adotada. Surgiu, assim, a necessidade da padronização da classificação dos créditos na esfera do concurso particular de credores, a exemplo do que ocorre na falência, em que a classificação encontra amparo expresso na lei de regência.

Palavras-chave: Classificação. Crédito. Concurso. Credores.

ABSTRACT

The purpose of this work is to serve as a quick reference for those who face the conflict between the privileges and preferences in the scope of the private contest of creditors. The law does not provide an objective guide for creditors, forcing them to check other sources like doctrine and jurisprudence, in order to guarantee legal certainty to the decision to be adopted. It was necessary to create a pattern to classify the credits inside the credits private contest, as it happens on bankruptcy, where this rank is objectively located inside the regency law.

Keywords: Classification. Credit. Contest. Creditors.

1 Histórico e contextualização

1.1 Inadimplemento da obrigação – fase da vinculação pessoal do obrigado

Nos primórdios, a reparação do dano patrimonial causado à outra pessoa se dava de maneira totalmente diversa da atuali-

dade, eis que muito mais voltada para a vingança privada que para a recomposição do patrimônio alheio propriamente dito.

Assim, o inadimplente era preso e reduzido à condição de coisa, passando a pertencer aos seus credores, os quais poderiam dispor do devedor como se esse fosse um escravo, razão pela qual, nesse estágio de evolução da civilização, o patrimônio do devedor era tido como mero acessório.

No entanto, a evolução cuidou de amenizar o rigor das regras destinadas ao devedor e temperar as bases do direito romano, o qual nem a fragmentação do império ou as invasões bárbaras foram capazes de diminuir a influência em todas as legislações, e, em um segundo momento, nos referentes aos países latinos, herdeiros jurídicos da influência europeia, particularmente no que tange ao Direito Civil.

A partir da *Lex Poetelia Papiria*, o credor perdeu sua prerrogativa de exigir o cumprimento da obrigação a qualquer custo, e o devedor deixou de responder pela dívida com o sacrifício de sua própria liberdade, de sua vida e de sua família.

Porém, ao voltar sua atenção exclusivamente ao patrimônio do devedor, o credor passou a enfrentar novos desafios ocasionados pelos créditos preferenciais, os quais passaram a nortear a ordem de prioridade no recebimento do crédito.

1.2 Concurso de credores

O concurso de credores deve ser entendido como gênero, cujas espécies são o concurso particular de credores, também conhecido como concurso especial de credores, concurso singular de credores, ou, simplesmente, concurso de penhoras, e o concurso universal de credores ou execução universal de bens, cada qual com atributos e características próprios, a merecer análise apartada em função de suas inúmeras peculiaridades.

Com efeito, tais concursos diferem em diversos aspectos, a exemplo do interesse (público ou privado) envolvido no resultado da demanda, da abrangência dos sujeitos envolvidos, do objeto da constrição judicial (singular ou coletivo), da destinação dos valores arrecadados a partir da expropriação judicial dos bens do devedor comum, da aplicação do princípio da igualdade entre os credores – *par conditio creditorum* – ou da prioridade ou preferência do credor que efetuou a primeira penhora – *prior in tempore, potior in jure* –, da possibilidade (ou não) de o devedor poder continuar a administrar livremente seus bens ou deles dispor, e mesmo da possibilidade de reabilitação do devedor, da presença do administrador da massa e do aspecto criminal en-

volvido, esses últimos limitados ao âmbito do concurso universal de credores.

O concurso particular de credores não vai além de um procedimento incidental vinculado às diversas execuções aforadas por credores distintos em face do devedor comum.

Em tal procedimento, não havendo, dentre os créditos concorrentes, preferência derivada do direito material, a sorte dos credores será decidida de acordo com a preferência processual, a qual beneficia o credor mais diligente, qual seja, o que, primeiramente, houver realizado a penhora (sendo irrelevante a efetivação do registro), em homenagem ao princípio – *prior in tempore, potior in iure*.

No que tange ao concurso universal, é importante destacar que, à luz do CPC/1973, o concurso creditório foi inteiramente substituído pela figura processual da “insolvência”, objeto dos arts. 748 a 776 do mesmo diploma legal, a qual ainda se encontra em vigor por força do disposto no art. 1.052 do CPC/2015.

1.3 Concurso particular de credores

Entre execuções diversas envolvendo um ou mais credores e desde que o patrimônio do devedor comum seja suficiente à integral satisfação de todas as obrigações envolvidas em cada demanda, tais procedimentos caminham dentro da normalidade e seguem seu rito regular dentro de um “procedimento de índole individualista, realizado no interesse particular do credor, com aquisição de direito de preferência através da penhora, e que se destina à execução do devedor solvente [...]” (THEODORO JÚNIOR, 2003, p.9).

No caso supra, não há falar-se, propriamente, em concurso particular de credores, eis que, a rigor, não haverá conflito de interesses nem pretensão resistida. Em outras palavras, se todos os credores serão satisfeitos, não haverá lide.

No entanto, alerta Serpa Lopes (1989, p. 398):

Entretanto, em havendo pluralidade de credores e os bens se manifestando insuficientes, surge o que, na ordem civil, se denomina de concurso de credores, como, na órbita mercantil, a falência, processos tendentes a regularizar os interesses dos credores nas suas relações recíprocas.

Por seu turno, Araken de Assis (2010, p. 932) leciona que:

Essa dupla dimensão, objetiva e subjetiva, preside a chamada execução coletiva ou universal. Ela se distingue da execução individual porque, nesta última, par-

tipicam os credores que penhoraram sucessivamente (art. 613), os titulares de direito real sobre a coisa e o bem atingido pela penhora. Há concurso nessa execução, configurada a participação de mais de um credor, mas, como explica Alfredo Buzaid, enquanto a primeira é universal, abrangendo todos os credores e todos os bens, o segundo é particular, porque limitado subjetivamente àqueles credores, e, por hipótese, a nem todos os bens do executado.

Essa também a opinião de Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, p. 1466), para quem o concurso singular de credores “tem como função a determinação de uma ordem de preferência entre os credores para o recebimento do dinheiro resultado da expropriação”.

Dentre as características mais marcantes do concurso particular de credores, destacam-se o interesse privado a reger o instituto, a manifestação do princípio *prior in tempore, potior in jure*, o qual vincula a preferência ao credor que, primeiramente, efetuou a penhora (desde que não haja outros créditos dotados de preferência oriunda do direito material, quais sejam, os privilégios e as garantias reais).

Por outro lado, o concurso particular de credores não envolve todos os credores do devedor comum, mas somente os diretamente envolvidos na incidental e os eventuais credores privilegiados que devam ser intimados a manifestar-se nos autos.

Esse procedimento também não envolve todos os bens do devedor comum, mas somente os que foram objeto de constrição judicial e que serão objeto de futura expropriação, cujo valor arrecadado será distribuído entre os credores vinculados.

Nem todas as dívidas do devedor comum serão objeto do concurso particular de credores, mas apenas as que diretamente envolvam o bem penhorado, seja por força das diversas penhoras que o mesmo venha a sofrer, seja em função dos privilégios (gerais e especiais) a beneficiar determinados credores, seja, por fim, mediante a vinculação do bem constricto aos direitos reais de garantia, objeto de obrigações assumidas pelo devedor comum perante terceiros.¹

Nesse tipo de procedimento, o devedor não perde o direito de livremente administrar seus bens e direitos ou deles dispor, não está sujeito à reabilitação, pois a mera sujeição do devedor

¹ “Tal concurso pressupõe a realização de várias penhoras sobre um mesmo bem ou a penhora de um bem gravado com direito real de garantia.” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ... [et al.] **Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1419.

comum ao concurso particular de credores não implica na decretação da falência ou da insolvência civil, não há participação de terceiros (administrador da massa), e o procedimento não envolve o aspecto criminal.

Com tais considerações, conclui-se que são duas as finalidades do concurso de credores: estabelecer qual dos credores deve ser pago preferencialmente e a distribuição, entre eles, das respectivas posições de preferência.

A propósito do tema, José Miguel Garcia Medina², citando Celso Neves, Araken de Assis e Volnir Aragão, em comentário ao art. 909 do CPC/2015, o qual determina que, no concurso singular (ou especial) de credores, os exequentes formularão suas pretensões, que versarão unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora, lembra que, no caso, o conhecimento da matéria estará restrito a se saber quem tem preferência sobre o produto da alienação.

Por seu turno, Manoel Justino Bezerra Filho, ao atualizar a obra de Pontes de Miranda³, destacou, em complemento, que o “outro concurso civil, porém, de natureza particular e não universal é o concurso dos credores penhorantes, previsto no art. 711 do CPC, apenas possível de ser pedido pelo (ou pelos) credor (es), incidindo apenas sobre os bens penhorados, incluindo também os credores com preferência, como, por exemplo, o credor com hipoteca sobre o imóvel penhorado”.

1.4 Concurso universal de credores

À luz da legislação concursal brasileira, conclui-se que o concurso universal de credores pode se expressar de diversas maneiras, sejam judiciais ou administrativas, a exemplo da falência, da insolvência civil e da liquidação extrajudicial, sendo certo que todas elas são, direta ou indiretamente, informadas pela Lei de Recuperação e Falência

Ao contrário do concurso particular de credores, o qual se processa de maneira incidental, o concurso universal “deve ser instaurado mediante procedimento próprio e autônomo, obediendo os pressupostos necessários, sendo inadmissível a declaração de insolvência do devedor de forma incidental”.⁴

² **Novo Código de Processo Civil comentado:** com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1263.

³ **Tratado de Direito Privado**, p. 132.

⁴ 1º TAC, Agravo de Instrumento nº 881.484-0 (0036126-89.1999.8.26.0000) – Comarca de São Paulo – 7ª Câmara - Rel. Des.: José Elias Álvares Lobo – data de julgamento: 10/08/1999 – votação unânime.

Segundo o entendimento de Humberto Theodoro Junior (2003, p. 9), a execução coletiva se volta contra o devedor insolvente, cujo proveito se dá não apenas em relação a quem promoveu o ajuizamento da demanda, mas a todos os credores do devedor comum, tendo, portanto, um caráter “universal e solidarista”.

Dentre as características do concurso universal de credores, destacam-se, dentre outras, a predominância do interesse público, a insubordinação à vontade das partes, a presença do administrador e a aplicação do princípio da igualdade entre os credores, a chamada *par conditio creditorum*⁵, que é a tônica da execução universal.

Sobre o tema, de acordo com o entendimento de Sérgio Campinho (2012, p.7), a *par conditio creditorum* representa o “tratamento igualitário, isonômico, entre credores de uma mesma categoria”.

Para Humberto Theodoro Júnior (2003, p. 12), tal princípio representa o “tratamento em condições de paridade entre os credores quirografários, isto é, entre aqueles que não contavam com garantias reais ou privilégios legais, e só tinham em seu favor a garantia genérica do patrimônio do devedor comum”.

Além dessas características, o concurso universal de credores envolve todos os credores do devedor comum, todas as suas dívidas, ainda que sejam dispensadas de habilitação (CTN, art. 187), e todos os seus bens passíveis de penhora. Além disso, a destinação dos valores arrecadados pela expropriação judicial de desses bens será feita segundo o princípio da igualdade entre os credores (*par conditio creditorum*), e o devedor perderá o direito de livremente administrar seus bens e direitos ou deles dispor, podendo, no entanto, ser reabilitado posteriormente.

Por fim, o procedimento da execução universal prevê a participação do administrador da massa e não descuida do aspecto criminal (LRF, art. 168 e seguintes).

Sobre o tema, Araken de Assis (2012, p. 934) enfatiza que, nessa espécie de concurso, vigora o princípio da igualdade, ou seja, “respeitados os privilégios e as preferências da lei civil, dentro de cada classe os credores receberão tratamento igualitário. O produto da alienação dos bens penhorados ser-lhes-á distribuído mediante satisfação proporcional dos valores, observando, naturalmente, o privilégio outorgado pela lei para cada espécie de crédito”.

⁵ STJ – Resp n. 1.257.730 / RS.

No mesmo sentido, a lição de Luiz Fux (2001, p. 1164), segundo o qual, na insolvência, vigoram os princípios da justiça distributiva e da equidade, de forma que, visando não favorecer um credor em detrimento de outros, a lei determina que todos recebam proporcionalmente em relação a seus créditos em confronto com as forças da massa, ou seja, diferentemente do princípio da preferência ou da prioridade – *prior in tempore, potior in jure* –, o qual pressupõe a satisfação de todos a seu tempo, vigora na insolvência a regra da igualdade dos credores – *par conditio creditorum* – “salvo as exceções legais referentes aos direitos reais de garantia e os privilégios especiais de certos créditos”.

Resta, portanto, evidente a diferença entre o concurso particular de credores e o concurso universal, posto que o concurso particular de credores não gera os mesmos efeitos da declaração de insolvência, objeto do art. 751 do CPC/1973; não tem como requisito a insolvência do devedor; não implica na convocação dos demais credores comuns, típica da execução universal; não importa no vencimento antecipado das outras eventuais obrigações do devedor; não provoca a arrecadação de todos os bens do devedor passíveis de penhora; não retira do devedor o direito de administrar livremente seus bens ou deles dispor; não extingue as obrigações do executado, à exceção, obviamente, dos créditos participantes e nos limites do levantamento (ASSIS, 2017, p. 1233); e, em regra, exige do participante a prévia execução e constrição sobre o mesmo bem do executado⁶. Limita-se, portanto, o concurso particular de credores ao bem executado e aos credores penhorantes⁷.

1.5 Falência

A doutrina (SERPA LOPES, 1989, p. 399) ressalta que, nos primórdios do direito romano, a execução tinha caráter universal, pois importava na transmissão ao credor ou credores de todo o patrimônio do devedor, passando, mais tarde, a ser admitido um tipo de execução singular ou especial.

Nesse caso, se vários credores penhorassem o mesmo bem, a hipótese passaria a ser regulada pelo princípio *prior in tempore, potior in jure*, cabendo a preferência, na ausência de credores privilegiados à luz do direito material, ao credor que, primeira-

⁶ STJ, REsp 165.783/SP.

⁷ TJSP, Agravo de Instrumento nº 0046816-89.2013.8.26.0000 – Comarca de São Paulo – 7ª Câmara de Direito Público – Rel.: Des. Guerrieri Rezende – data de julgamento: 16/09/2013 – votação unânime.

mente, houvesse efetuado a penhora, também conhecida como preferência processual.

Tratando-se de empresário, as regras aplicáveis à quebra constam de diploma legal específico – Lei nº 11.101/05 – a qual é a lei especial que regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Classificação dos créditos na falência

A classificação dos créditos na falência consta dos arts. 83 e 84 da LRF.

1.6 Insolvência Civil

O art. 748 do CPC/1973 (dispositivo ainda em vigor por força da expressa previsão constante no art. 1.052 do CPC/2015) determina o seguinte: “Dá-se a insolvência toda vez que as dívidas excederem à importância dos bens do devedor”.

A finalidade da insolvência civil é a arrecadação dos bens do devedor, não empresário, para a posterior liquidação da massa e satisfação dos credores segundo a qualidade de seus créditos⁸.

Partindo-se do princípio de que o processo de execução só se sustenta na presença de bens passíveis de penhora e considerando que seu objetivo não é punir o devedor, conclui-se que, na hipótese de inexistência de bens, nenhuma vantagem terá o credor com a declaração de insolvência do devedor, nem haverá qualquer sentido na nomeação do administrador da massa ou na convocação dos credores, pois nada há a ser arrecadado, o que inviabiliza qualquer execução, inclusive a execução coletiva.

Julgamentos mais recentes, entretanto, sustentam que, “embora a inexistência de bens seja matéria controvertida para aferir o interesse na declaração de insolvência, prevalece a tese de que não é requisito para tal fim”, ou seja, a simples ausência de bens passíveis de penhora no patrimônio do devedor não é argumento suficiente a inibir o processamento do requerimento de insolvência.⁹

⁸ TJSP, Apelação nº 0016355-81.2011.8.26.0008 – Comarca de São Paulo – 14ª Câmara de Direito Privado – Rel.: Des. Melo Colombi – data de julgamento: 09/05/2012 – votação por maioria.

⁹ TJSP, Apelação nº 1014925-19.2015.8.26.0564 – Comarca de São Bernardo do Campo – 14ª Câmara de Direito Privado – Rel.: Des. Thiago de Siqueira – data de julgamento: 17/12/2015 – votação unânime.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp 78966/DF e o REsp 957639/RS.

O STJ¹⁰ também já decidiu que a decretação da insolvência civil não acarreta a resolução do contrato de alienação fiduciária, sendo o bem vinculado insuscetível de arrecadação, razão pela qual o concurso se limita aos credores quirografários, não afetando os privilégios legais, sendo irrelevante a ausência de habilitação do credor fiduciário.

Enfim, a insolvência civil não é um estado de fato, mas de direito, pressupondo a qualidade do devedor (civil: pessoa natural ou jurídica), o estado real ou aparente de insolvabilidade e a sentença judicial, decisão essa de natureza constitutiva, posto que inaugura um novo estado jurídico para o devedor: o estado de insolvente (DONIZETE, 2016, p. 1251).

2 Classificação dos créditos no concurso particular de credores

Ao contrário do que ocorre na execução universal, em que a ordem de classificação dos créditos encontra respaldo confiável na Lei de Quebras, na seara do concurso particular de credores a legislação se ressentida de tal referência, restando ao jurisdicionado a árdua tarefa de pesquisar, junto à doutrina e à jurisprudência, as respostas aos inúmeros questionamentos que surgem do confronto creditório vulgar, na busca da construção de uma estrutura hierárquica, a qual, ainda que possua algumas semelhanças com a estrutura falimentar, seja informada por seus próprios princípios e tenha personalidade própria, servindo como fonte segura de consulta.

¹⁰ RHC 7255/SC.



Figura 1 – Ordem de classificação dos créditos no âmbito da falência
Fonte: Elaborada pelo autor (2018)

A correta modelagem dessa estrutura é um desafio, pois, como dito, não parte de um protótipo já previsto em lei, como ocorre no concurso universal. Ao contrário, obriga o intérprete a pinçar, na legislação, cada peça que irá integrar tal estrutura e, em sua falta, com arrimo na doutrina e na jurisprudência.

Assim, enquanto o concurso particular de credores é restrito, limitando-se ao produto da expropriação judicial do bem penhorado na demanda, o concurso universal é genérico, por abranger a totalidade dos bens do devedor, excluindo-se os bens imunes, expressamente elencados na legislação.



Figura 2 – A afetação genérica do patrimônio do devedor no âmbito do concurso universal de credores

Fonte: Elaborada pelo autor (2018)

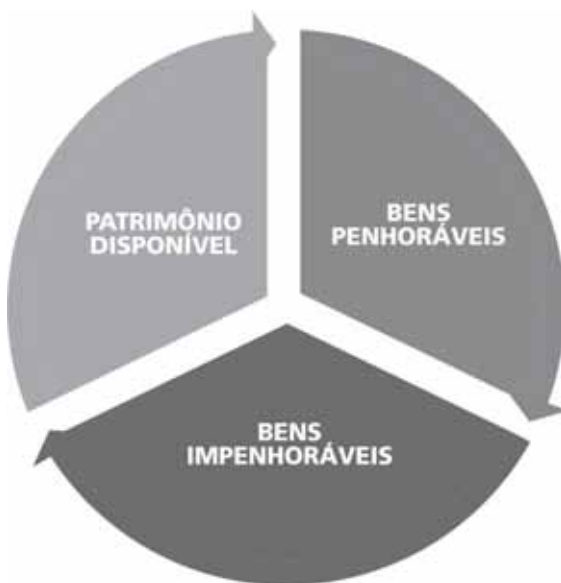


Figura 3 – A afetação de um bem específico, integrante do patrimônio do devedor, no âmbito do concurso particular de credores

Fonte: Elaborada pelo autor (2018)

2.1 Padronização da classificação dos créditos no concurso particular de credores

Parece haver sintonia, na doutrina e na jurisprudência, acerca do enquadramento do crédito trabalhista no âmbito do concurso particular de credores. Contudo, o mesmo não ocorre no que tange ao conflito entre o crédito tributário e o crédito amparado por garantia real, conforme se destaca das opiniões externadas por juristas do porte de Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim e Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹:

Para fins de solução da controvérsia, convém destacar os ensinamentos de **Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim** em que estabelecem a ordem de recebimento dos credores no concurso de preferência: 1º) titular de crédito trabalhista até o limite de 150 salários mínimos (art. 83 da Lei n. 11.101/05), 2º) o titular de direito real, 3º) credores fiscais e 4º) titulares de créditos com privilégio especial (art. 964 do CC) (**Comentários ao Código de Processo Civil, GZ, 2012, p. 1136**). (destaques constantes no original)

Daniel Amorim Assumpção Neves, reunindo as interpretações sobre o concurso singular de credores, explica o seguinte: 1º) créditos trabalhistas, limitados a 150 salários mínimos, 2º) créditos tributários, 3º) crédito condominial, 4º) crédito com garantia real, 5º) crédito com garantia especial e 5º) crédito com garantia geral (**Manual de Direito Processual Civil, volume único, Método, 2009, p. 672**). (destaques constantes no original)

Segundo o magistério de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero (2015, p. 838), a ordem de preferência creditória é a seguinte: 1º) créditos oriundos da legislação do trabalho, limitados a 150 salários mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes do trabalho (art. 83, I, da LRF e art. 186 do CTN); 2º) créditos tributários (art. 186 do CTN); 3º) crédito com garantia real até o limite do valor do bem gravado (art. 961 do CC); 4º) créditos com privilégio especial (art. 964 do CC); e 5º) créditos com privilégio geral (art. 965 do CC).

Data venia, a doutrina de Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim não se sustenta, posto que arrimada exclusivamente na LRF, quando, na verdade, o texto trata da “ordem de recebimento dos credores no concurso de preferência”, ou seja, se refere ao concurso de preferências, particular ou especial de credores, e não ao concurso universal.

Apesar de ter como fonte subsidiária a LRF, o concurso particular de credores, em nosso sentir, tem luz própria, razão pela qual não depende da legislação falimentar para a fixação da ordem de preferências, mas, somente, aplica a referida lei em situações específicas.

O mesmo raciocínio é válido para a doutrina de Daniel Amorim Assumpção Neves, a qual aplica parcialmente a legislação falimentar, mas, ainda assim, de forma incorreta, pois confunde os dois institutos e inverte a ordem hierárquica dos créditos, dificultando ainda mais a árdua tarefa de compreender o cipoal de informações que cercam o tema.

A lição do professor Daniel Amorim, com o merecido respeito, limitou o crédito trabalhista a 150 salários mínimos, mesmo teto estabelecido pela LRF (art. 83, I), com o que discordamos, uma vez que tal limitação, dada por legislação especial, só se aplica ao empresário e no âmbito do processo falimentar.

Em outras palavras, fora do âmbito falimentar, não há como falar em limitação do crédito do trabalhador em face da ausência de dispositivo legal a amparar esse raciocínio.

Em segundo lugar, Daniel Amorim elenca os créditos tributários. Ocorre que tal raciocínio é curioso, tendo em vista que, desta feita, o mestre abandonou a LRF, a qual, se fosse aplicada, indicaria para o posto os créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado (art. 83, II). Apesar disso, o enquadramento da verba em segundo lugar está em sintonia com a atual jurisprudência, pois, apesar de defensável a posição dos que prestigiam a verba condominial quando confrontada com crédito tributário, a jurisprudência tem se inclinado majoritariamente para a preferência do segundo, seja no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), seja no do STJ.

Em terceiro lugar, Amorim indica o crédito condominial, com o que concordamos, visto que tal raciocínio se encontra em sintonia com a Súmula 478 do E. STJ, a qual determina o seguinte: “Na execução de crédito relativo a cotas condominiais, este tem preferência sobre o hipotecário”.

Em quarto lugar, Daniel Amorim destaca, corretamente, o crédito com garantia real; em quinto, o crédito com “garantia especial” e, finalmente, o crédito com “garantia geral”, os quais, em nosso entender, se referem aos créditos com privilégio especial e com privilégio geral, respectivamente.

Porém, ao que parece, Daniel Amorim se esqueceu da última modalidade de crédito, aquele desprovido de qualquer garantia ou privilégio, qual seja, o crédito quirografário.

De mesmo modo, e sempre com a devida vênia, a lição de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero também não se sustenta, pois não se pode, simplesmente, transportar para o concurso especial conceitos oriundos do direito empresarial, devendo haver uma criteriosa filtragem de tais informações de forma a se garantir, cientificamente, a integridade dos alicerces que informam essa peculiar espécie de concurso.

Sendo assim, pelas razões já expostas, apesar de concordarmos com a classificação, em primeiro lugar, dos créditos oriundos da legislação do trabalho e do acidente do trabalho, discordamos da limitação do valor dos primeiros a 150 salários mínimos por credor, como fazem Marinoni, Arenhardt e Mitidiero. Correto, ainda, o restante da classificação sugerida pelos autores, apesar de entendermos que a mesma deixou de explorar itens controvertidos, a exemplo da verba condominial, dos honorários advocatícios, da verba alimentar, etc.

Em face das lições doutrinárias supra e das pesquisas efetuadas pelo autor, sugerimos a pirâmide a seguir como modelo para a correta distribuição do crédito no âmbito do concurso particular de credores, representando a ordem de vocação creditória à luz da legislação, doutrina e jurisprudência atuais:



Figura 4 – Ordem de classificação dos créditos no concurso particular de credores

Fonte: Elaborada pelo autor (2018)

As verbas constantes dos três patamares superiores da pirâmide representam os créditos superprivilegiados. Dessa maneira, o ápice da pirâmide é composto pelos créditos de natureza alimentar, quais sejam: a) crédito alimentar *stricto sensu*; b) crédito trabalhista; c) crédito acidentário e d) honorários advocatícios, podendo o concurso, a depender do entendimento do magistrado, ser resolvido de forma conjunta e *pro rata*, em relação ao valor de cada quinhão, ou, ainda, privilegiar o crédito alimentar *stricto sensu*, em detrimento das demais verbas alimentares, eis que essas, ao contrário daquela, são derivadas do trabalho exercido por seu titular. Em seguida, constam dois outros créditos superprivilegiados nessa ordem: crédito tributário e crédito condominial. Em quarto lugar, surge o crédito amparado pelos direitos reais de garantia, lembrando que o valor do crédito que ultrapassar o valor do bem que o garante deve ser reclassificado como quirografário. Em seguida, é a vez dos créditos pessoais privilegiados – especial e geral –, conforme determinado pelo Código Civil e pela legislação especial. O crédito pessoal simples ou quirografário finaliza a ordem de classificação creditória no âmbito do concurso particular de credores, sendo certo que, nesse ponto, a ordem de vocação creditória passará a ser ditada pela legislação processual, eis que o êxito do credor irá depender da anterioridade da penhora que o aproveita.



Figura 5 – Os créditos pessoais superprivilegiados mais comuns
Fonte: Elaborada pelo autor (2018)

Conclusão

Em conclusão, propõe-se que, no âmbito do concurso particular de credores, em sintonia com a legislação, a doutrina e a jurisprudência, a hierarquia creditória observe a ordem estampada na Figura 4, supra, a saber: a) crédito pessoal superprivilegiado (sendo os mais comuns: alimentar *stricto sensu*, trabalhista, acidentário, tributário, honorários advocatícios e verba condominial); b) crédito real; c) crédito pessoal privilegiado especial; d) crédito pessoal privilegiado geral; e e) crédito pessoal simples ou quirografário.

Referências

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual da Execução**: De acordo com o novo CPC e a Lei 13256/2016. 19ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa**: o novo regime da insolvência empresarial. 6ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 19ª ed. completamente reformulada conforme o Novo CPC: Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, e atualizada de acordo com a Lei n.º 13.256, de 04 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

FUX, Luiz. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHARDT, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: parte especial: concurso de credores em geral: privilégios. Tomo XXVII. Atualizado por Manoel Justino Bezerra Filho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**: obrigações em geral. 5ª ed. rev. e atual. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A insolvência civil**: execução por quantia certa contra devedor insolvente. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim ...
[et al.]. **Primeiros Comentários
ao novo Código de Processo
Civil**: artigo por artigo: de acordo com a Lei nº 13.256/2016. 2ª
ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

A indenização civil: quantificação segundo o método bifásico

Gustavo Tanger Jardim

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Direito Civil pela UniRitter/RS
Especialização em Direito na Università
degli Studi di Sassari/Itália
Pós-graduado em Direito e Processo
do Trabalho pela UNIDERP
Pós-Graduado em Gestão de Pessoas
pela UniRitter/RS*

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo um exame refletido sobre os critérios para aquilatar a indenização do dano moral. Apesar de grande parte da comunidade jurídica acreditar que o assunto estaria ultrapassado, ainda existem muitas lacunas de conhecimentos sobre o tema. Assim, o artigo busca aprofundar o estudo sobre o modelo de liquidação do dano moral, analisando elementos espalhados pela doutrina e pelos julgados dos Tribunais de forma a sistematizar o conhecimento sobre o tema.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Indenização. Dano moral. Método bifásico.

RIASSUNTO

L'obiettivo di questo studio è esaminare i criteri per la valutazione dei danni non patrimoniali. Sebbene gran parte della comunità legale ritenga che l'argomento sarebbe obsoleto, ci sono ancora molte lacune nella conoscenza dell'argomento. Pertanto, l'articolo cerca di approfondire lo studio sul modello di liquidazione del danno non patrimoniali, analizzando elementi diffusi dalla dottrina e dai giudici delle Corti al fine di sistematizzare le conoscenze in materia.

Parole chiave: Responsabilità Civile. Compensazione. Danno non patrimoniale. Metodo di liquidazione.

Introdução

Ao abordar o tema dos pressupostos de quantificação do dano moral, primeiramente se faz necessário valorizar o papel

da jurisprudência no preenchimento de uma lacuna da lei, observando onde reside a sua inserção no contexto das fontes do Direito.

Partindo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é possível notar que o tema das lacunas da lei está previsto no artigo 4º, ao afirmar que, nos casos de omissão do texto legal, o juiz aplicará a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Em sintonia com a LINDB, o art. 140 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”.

Diante desse contexto, é importante valorizar uma visão abrangente sobre o tema, uma vez que as fontes do direito não são apenas as indicadas no aludido dispositivo, pois existem outras de grande importância.

Seguindo a orientação de França (1988, p. 11), seria adequado adotar uma classificação baseada na importância das fontes, subdividindo-a em forma fundamental e formas complementares. A forma fundamental é a lei e as formas complementares são todas as demais, “especialmente o costume, a jurisprudência, o direito científico, os princípios gerais do direito e os brocados jurídicos”.

Restringindo-se ao tema do presente estudo, é possível observar – no ramo do Direito Privado – que a jurisprudência figura como uma fonte complementar do direito e possui extrema valia, visto que se “reveste das características do costume judiciário” (FRANÇA, 1988, p. 16).

Como alerta Caenegem (1999, p. 240), a legislação possui defeitos, e um estatuto não consegue prever ou regulamentar todos os casos que podem surgir na prática. Nesse ponto, na omissão da lei e nos problemas que surgem na rotina forense é que se avoluma a importância de recorrermos ao “conjunto de pronunciamentos do Poder Judiciário sobre esse tema”. A inegável vantagem da jurisprudência é que ela convive em íntima relação com a realidade, pois os juízes invariavelmente emitem suas opiniões em casos concretos e, “a medida que a sociedade evolui e se confronta com novas situações e novos problemas, a jurisprudência se vê obrigada a resolver as questões que surgem” (CAENEGER, 1999, p. 241).

Dessa forma, correta a relevância que Reale (1996, p. 167) entrega à jurisprudência, conceituando-a como “forma de revelação do direito que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”.

Nesse contexto, não há como negar o papel fundamental que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adquire para orientar os tribunais no julgamento de casos envolvendo o dano moral e a quantificação pecuniária dessa indenização. Frisa-se que, nesses casos, a sentença do juiz não se apresenta como fonte criadora do direito, mas como único meio de realização do Direito da vítima. Nessa complicada equação, o magistrado detém a árdua tarefa de traduzir o dano moral sofrido pela vítima em valores pecuniários.

1 A problemática da quantificação

A reparação dos danos extrapatrimoniais ainda se apresenta como um problema carente de respostas objetivas da doutrina e da jurisprudência. Essa carência não se localiza mais na possibilidade ou não de sua existência, uma vez que a Constituição Federal de 1988, o novo Código Civil brasileiro e a jurisprudência pátria, de forma incontestada, passaram a albergar a possibilidade de sua indenização.

O grande problema aparece no momento do arbitramento da sua indenização. Segundo Cavalieri Filho (2015, p. 116), no que tange ao dano moral, a questão que se coloca atualmente não é mais a de saber se ele é ou não indenizável, nem, ainda, se pode ou não ser cumulado com dano material, mas sim o que venha a ser o próprio dano moral. Esse é o ponto de partida para o equacionamento de todas as questões relacionadas com o dano moral, inclusive quanto a sua valoração.

Nas palavras de Silva, A. (1999, p. 314), o dano moral é ressarcível, e não se deve confundir o direito de reparação, que é certo, com a forma de reparação ou liquidação da obrigação de reparar, que é de “difícil fixação ante a impossibilidade material da respectiva equivalência de valores”.

Diante dessa imensa incerteza, ainda paira uma grande dificuldade para que a doutrina ou os tribunais adotem parâmetros uníssomos para indenizar o dano moral. Essa ausência encontra-se na subjetividade dos julgadores e do próprio dano, que não possui elementos concretos a serem valorados como existe no dano patrimonial.

Atento a essa realidade e ciente da necessidade de orientar as instâncias ordinárias, o Superior Tribunal de Justiça sublimou o verbete da Súmula nº. 7 - que veda o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial - e mergulhou no tema buscando adequar os valores das indenizações por danos morais. Assim, o Superior Tribunal de Justiça fixou jurisprudência no sentido de

que o “evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo possível, assim, a revisão da aludida quantificação” (BRASIL, 2007).

Não restam dúvidas, então, que na fixação da indenização do dano moral o julgador deve estar atento, de modo especial, ao princípio da proporcionalidade. Sobre o tema, vale trazer o posicionamento de Juarez Freitas, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade foi difundido através do direito administrativo. Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade se apresenta como uma vedação ao agir com demasia e, ao mesmo tempo, de atuar insuficientemente para atingir o objetivo desejado. Nas palavras exatas do autor citado, “exageros (para mais ou para menos) configuram violações ao princípio” (FREITAS, 1995, p. 38).

2 Tarifamento da indenização

Ao se deparar com a imensa subjetividade que a reparação do dano moral apresenta, o legislador buscou - sem sucesso - alcançar ao operador do direito critérios de cálculo da reparação pecuniária do dano moral. Contudo, com o passar do tempo, os mecanismos legais de controle de constitucionalidade verificaram a existência de conflitos com a Lei Maior.

A norma mais citada sobre o tema é a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), que, em seus artigos 51 e 52, buscava o tarifamento do valor da indenização. Esses artigos pretendiam delimitar a responsabilidade civil do jornalista e da empresa exploradora dos meios de comunicação.

Porém, a responsabilidade tarifada prevista nessa lei não foi recepcionada pela Constituição de 1988 e, como ensina Freitas (1995, p. 50), “ao intérprete incumbe dar sistematicidade à norma, vale dizer, colocá-la, formal e substancialmente, em harmonia com o sistema jurídico”. Da mesma forma, constata com sabedoria Ímpar Miragem (2015, p. 387) que, “por efeito do princípio da reparação integral, considera-se inconstitucional qualquer espécie de tarifação legal de danos”.

Assim, as Turmas integrantes da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2000) consolidaram o entendimento de que o ressarcimento tarifado previsto na Lei de Imprensa não fora recepcionado pela carta de 1988. As decisões reiteradas confirmaram que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalece o tarifamento da indenização.

Na doutrina, Reis (1988, p. 91) também propôs a adoção de limites mínimos e máximos para cada modalidade de lesão, con-

forme a sua gravidade. Para as lesões psíquicas leves, sugeri que a indenização fosse arbitrada entre cinco e cinquenta salários mínimos; para as lesões psíquicas graves, cinquenta a quinhentos salários mínimos; e, para as lesões psíquicas gravíssimas, entre quinhentos e três mil e seiscentos salários mínimos.

Da mesma forma que o tarifamento adotado pela lei de imprensa, os limites fixados pela doutrina de forma aleatória e sem nenhum critério científico ferem a orientação da reparabilidade dos danos morais, baseada na reparação integral.

A prudente crítica que se fez na oportunidade era que, caso o Brasil adotasse o sistema tarifado, certamente nos depararíamos com as situações como as que a história nos relata. Já na antiga Roma, conforme o § 9º da Tábua VII, da Lei das XII Tábuas, “aquele que causasse dano leve indenizaria em 25 asses”. Daí, conta-se que um certo *Lúcius Veratius* deliciava-se esbofeteando com a sua mão o rosto dos cidadãos livres que se encontravam na rua, e atrás vinha um escravo entregando 25 asses a todos em que o *dominus* batia (REIS, 1991, p. 17).

Logo, imperioso concluir que o sistema adotado por nosso ordenamento jurídico é o aberto, em que a incumbência de liquidar o dano cabe ao prudente arbítrio do juiz e à força criativa da doutrina, que aprofunda os critérios e parâmetros que hão de presidir as indenizações por danos morais, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne expressão de puro arbítrio.

Martins-Costa (2002, p. 438) entende que a liquidação do dano deve ser obtida pela via do arbitramento em todos os casos não especificamente previstos, conforme a tendência contemporânea que elimina a formulação de regras prévias, deixando ao arbítrio do juiz a avaliação do dano. Completa a autora que, no seu entender, a liquidação por arbitramento seria a solução mais adequada ao tratamento do dano à pessoa se a jurisprudência brasileira tivesse a compreensão das formas de atenuação dos riscos que a liquidação por arbitramento pode acarretar à segurança jurídica e à isonomia. Estes serão superados apenas na medida em que os juízes compreenderem a função das cláusulas gerais, o que é dizer, quando lograrem alcançar os modos de operá-las, viabilizando a ressystematizações das decisões que, atomizadas, díspares em seus fundamentos, provocarem quebras no sistema e objetiva injustiça, ao tratar desigualmente casos similares.

Dessa forma, uma solução para o problema seria a adoção de “tópicos reparatórios” dos danos à pessoa, para que os juízes

não fiquem presos ao imobilismo das normas tarifárias e possam atender a necessidade de tutelar os direitos de personalidade com ponderação nas indenizações.

Reconhecida a importância da liberdade dada ao julgador para fazer valer a plena reparação dos danos morais, devemos ter presente a lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior (BRASIL, 1997) para estabelecer orientações gerais sobre a reparabilidade do dano moral. Alerta que o dano moral *stricto sensu* é em si irreparável, cabendo por isso compensar o ofendido pela ofensa sofrida. Em segundo lugar, a definição desse valor será sempre uma estimativa e não uma avaliação, pois inexistente dado objetivo para valorar. Finalmente, o valor definitivo não deverá ser tão elevado que signifique enriquecimento sem causa da vítima.

Seguindo tais orientações, o julgador terá valiosas ferramentas que o auxiliarão na resolução do caso em sua concretude. Porém, se faz necessário avançar um passo a mais dentro dessa linha de pensamento, de modo a observar o sistema de critérios utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça para afinar as orientações sobre a reparabilidade do dano moral.

3 Critérios utilizados para a fixação da indenização do dano moral

Conforme a orientação predominante, a reparação do dano moral apresenta uma função preponderantemente compensatória para o lesado. O valor da indenização deverá ser arbitrado com o cuidado de satisfazer a vítima sem causar seu enriquecimento injustificado e em valor suficiente que o agente causador do dano possa verificar seu erro.

A solução do problema deve partir, de modo geral, de uma análise da natureza jurídica do dano moral, das circunstâncias que envolveram a conduta e dos reflexos resultantes da lesão ao patrimônio moral do ofendido.

No tocante à natureza jurídica da reparação, a ideia principal é que haja uma compensação da vítima pela menos-valia sofrida em decorrência do dano.

Partindo dessa premissa, o modelo bifásico da quantificação do dano moral determina que o arbitramento da indenização seja desenvolvido de forma que valorize essas diversas funções. Ensina Miragem (2015, p. 383) que esse modelo jurídico sustenta-se na fixação de um valor da indenização por danos extrapatrimoniais em duas fases. A primeira, comum a todos os casos que envolvam o mesmo interesse lesado, e que se define

como base no arbitramento de determinado valor a título de indenização, em conformidade com o entendimento firmado por grupo de precedentes jurisprudenciais em casos semelhantes.

Quem sugeriu a implantação desse modelo foi o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino do Superior Tribunal de Justiça. Embora seja importante que se tenha um montante referencial, isso não deve representar um tarifamento judicial rígido, o que entraria em rota de colisão com o princípio da reparação integral. Afirma Sanseverino (2006, p. 313) que “cada caso apresenta particularidades próprias e variáveis importantes, como a gravidade do fato em si, a culpabilidade do autor do dano, a intensidade do sofrimento da vítima”, entre outros. Observe-se que o método bifásico é uma realidade no Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INJÚRIA RACIAL. CRITÉRIOS VALORATIVOS PARA O ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO.

1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23/09/2016 e concluso ao Gabinete em 28/04/2017. Julgamento pelo CPC/15. 2. O propósito recursal é decidir sobre os critérios valorativos para o arbitramento da compensação do dano moral por injúria racial. 3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional. 4. As Turmas da Seção de Direito Privado têm adotado o método bifásico como parâmetro para valorar a compensação dos danos morais. 5. No particular, o Tribunal de origem levou em conta a gravidade do fato em si, a jurisprudência local acerca da matéria, tendo em vista o interesse jurídico lesado, bem como as condições pessoais da ofendida e do ofensor, de modo a arbitrar a quantia considerada razoável, diante das circunstâncias concretas, para compensar o dano moral suportado pela recorrida. 6. Assim sopesadas as peculiaridades dos autos, o valor de R\$ 5.000, 00 (cinco mil reais), arbitrado no acórdão recorrido para compensar o dano moral, não se mostra exorbitante. 7. A falta de similitude fática, requisito indispensável à demonstração da divergência, inviabiliza a análise do dissídio. 8. Recurso especial desprovido. (REsp 1669680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 22/06/2017)

Considerando que as Turmas da Seção de Direito Privado têm adotado o método bifásico como parâmetro para valorar a

compensação dos danos morais, ganha importância verificar seus critérios.

3.1 As etapas de quantificação da indenização seguindo o método bifásico

3.1.1 A primeira etapa: os precedentes jurisprudenciais

Muitos julgados procuram valorar, para a fixação da indenização por dano moral, os precedentes jurisprudenciais em casos similares. Esse é o primeiro passo para a aplicação do método bifásico. Obviamente que devemos evitar um tarifamento jurisprudencial levando em conta exclusivamente o valor arbitrado, que seria igualmente vedado como o tarifamento legislativo.

Por isso, de acordo com o que foi demonstrado durante este trabalho, existe uma singularidade muito grande em cada caso concreto e o arbitramento do dano estará sempre ligado às circunstâncias dessa concretude.

Nesse contexto, na primeira etapa, valora-se objetivamente o dano sofrido pelo prejudicado, em função do bem jurídico lesado (vida, integridade física, saúde, liberdade, honra, intimidade). Essa seria a primeira análise a ser efetuada pelo julgador para encontrar um valor básico da indenização.

Para aprimorar essa equação, deve o Magistrado realizar preciosa pesquisa para encontrar casos análogos sobre o bem jurídico atingido que pudessem servir de parâmetro para o caso. Assim, partindo de uma base de valores sintonizada com os precedentes similares, dificilmente ocorreriam grandes distorções.

3.1.2 A segunda etapa: circunstâncias do fato

Na segunda etapa do método bifásico, devem ser ponderadas as circunstâncias do fato, como a sua gravidade, a intensidade da culpa, a eventual participação culposa da vítima e a condição econômica das partes envolvidas. Essas circunstâncias determinarão uma elevação ou diminuição do valor da indenização, valorando os aspectos que se mostrem necessários. Nesse contexto, importante analisar detalhadamente a intensidade do sofrimento vivenciado, a culpa das partes envolvidas no fato ilícito, culminando com a imperiosa prudência e moderação do Juiz.

3.1.2.1 A intensidade do sofrimento do ofendido

Podemos observar de uma maneira ampla que a dor moral traduz-se, quase sempre, em dor, sofrimento. Na maioria das vezes, essa dor ou sofrimento é uma exteriorização do dano moral. A dor física é chamada de dor sensação e a dor psíquica é chamada de dor sentimento.

Silva, W. (1983, p. 248) esclarece que há uma distinção entre a dor física (dor sensação) e a dor moral (dor sentimento), uma vez que a doutrina nacional apresenta essa dicotomia a respeito da dor. Citando Carpenter, Silva afirma que dores físicas ou sensações seriam as que resultam de uma lesão material, ofendendo a integridade dos tecidos, e dor sentimento – ainda na maneira de entender de Carpenter – seria a que tivesse origem numa causa imaterial, nas ideias. Para o autor, o busílis da questão está em saber o momento em que ocorre o dano. Para os intelectualistas, na Psicologia, entre eles Herbart, Drobisch e Volkeiman, as emoções se originam diretamente das ideias, as quais, “concordando ou discordando entre si”, dariam lugar à exteriorização dos fatos emocionais nas suas várias manifestações.

Dessa maneira, imperioso observar o sofrimento vivido pela vítima para poder compensar, da maneira mais ampla possível, a dor moral. Ressalta-se que existem casos em que não podemos circunscrever esse conceito de exteriorização de sofrimento ao dano moral.

Um caso sem exteriorização de sofrimento por dor moral seria, por exemplo, o de um pai assassinado que deixa dois filhos. Um deles é sadio e capaz de sofrer. O outro é deficiente mental – com as mínimas funções do cérebro – e não entende o que está acontecendo. Certamente não seria justo indenizar o filho que sofreu e o outro filho não.

Porém, de uma maneira geral, para aquilatar o valor da compensação do dano moral, devemos ter em mente a profundidade do sofrimento e sua duração no tempo. Lembre-se que a regra do *caput* do artigo 944 do Código Civil de 2002 assevera que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Reis (1998, p. 105) classifica a dor levando em conta a sua profundidade e a sua duração no tempo. Segundo essa classificação, a graduação dos danos morais decorrentes de ação física seria em três níveis: a lesão física transitória ou leve, traduzida por pequenos ferimentos; a lesão física permanente ou grave, como o aleijão; e a lesão física gravíssima, que culminaria em morte da pessoa.

De forma semelhante, seria a classificação dos danos morais que afetam o equilíbrio psíquico das pessoas, em que no primei-

ro patamar estariam os danos psíquicos leves, ou seja, lesões sem grandes reflexos na intimidade da vítima. No segundo, lesões psíquicas graves, como constrangimentos, e, no terceiro, lesões psíquicas gravíssimas, como traumas.

Carneiro (1998, p. 77) propõe a classificação da dor elaborada por Michel Thierry, chefe da faculdade de medicina de Paris. Essa classificação traz os grupos de dores divididos em importância decrescente, em que o “grupo IV” é o da dor muito importante que suprime toda a atividade social normal. O “grupo III” classifica a dor importante que é inicialmente intensa, mas de curta duração. O “grupo II” traz a dor média ou moderada, que justifica o uso de analgésicos. O “grupo I” relaciona-se com a dor pouco importante sem necessidade de tratamento e o “grupo 0” é o da dor praticamente inexistente.

Assim, o julgador, ao arbitrar o dano, observa objetivamente o sofrimento da vítima em função do bem jurídico lesado – vida, integridade física, saúde, liberdade, honra, intimidade e a sua duração no tempo, de modo a verificar sua intensidade. De acordo com Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, “a tarefa, naturalmente, não é fácil, já que o bem jurídico lesado não tem conteúdo patrimonial, situando-se na esfera da personalidade moral do prejudicado” (Brasil, 2002).

Finalmente, a correta avaliação da intensidade do sofrimento da vítima propicia ao julgador a possibilidade de arbitrar uma indenização à vítima do dano de forma a lhe oferecer uma satisfação de ordem moral, intelectual, ou até mesmo material, de modo a substituir a sua tristeza por uma alegria.

3.1.2.2 O grau de culpa dos envolvidos

Conforme ensina Yussef Said Cahali, a maior gravidade da culpa do agente – em sentido lato – poderá refletir-se no agravamento de sua responsabilidade indenizatória, de modo a influir na determinação do *quantum debeatur*. Complementa o autor que “a liquidação do dano não se atém estritamente ao prejuízo sofrido, sendo esta a tendência que se verifica no direito moderno” (CAHALI, 1996, p. 23).

Examinadas sob o ângulo da gravidade, as três dimensões da culpa podem ser estudadas, de forma minudente, seguindo a doutrina de Cavalieri Filho (2002, p. 57).

A culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada de culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual. Em ambos, há a previsão do resultado, só que no dolo even-

tual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá.

A culpa será leve se a falta puder ser evitada com uma atenção ordinária, com o cuidado próprio de um homem comum. Já a culpa levíssima caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singular.

Observa-se que tanto a culpa levíssima como a responsabilidade objetiva baseada na atividade lícita, porém perigosa, não elidem o dever de indenizar, sendo arbitrada a indenização somente pela extensão do dano e não pela gravidade da culpa.

Situação também importante e quase sempre desconhecida no momento da apreciação da causa pelo julgador é a participação culposa ativa ou passiva da vítima no resultado danoso. Observa-se que a indenização deverá ser diminuída proporcionalmente ao grau de culpa do agir da vítima, se houver.

3.1.2.3 Prudência e moderação do juiz

No direito brasileiro, a indenização do dano moral cabe ao prudente arbítrio do juiz. Nesse arbitramento prudencial, como já referido, o juiz deve encontrar um valor que compense a vítima da dor moral sem causar enriquecimento injustificado a esta ou a ruína do agressor.

Cavaliere Filho (2002, p. 108) entende que o juiz deve ter em mente o princípio que o dano não pode ser fonte de lucro. O arbitramento deve ser feito seguindo a lógica do razoável como bússola norteadora, deve ser sensato, comedido e moderado. Para que a decisão seja razoável, é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram, os meios escolhidos sejam compatíveis com o fim visado e a decisão seja proporcional ao dano.

O caráter da reparação é compensatório e educativo. Desta forma, o arbitramento da indenização de forma moderada e prudente ocupa um lugar importante nessa teia interligada de critérios de aferição da dor moral. Pouco adiantaria condenar o ofensor em verbas superiores a que ele consiga suportar, pois, ocorrendo isso, certamente não haverá o cumprimento da obrigação e os pilares que sustentam a responsabilidade civil ruirão completamente.

4 O controle final do Superior Tribunal de Justiça

Superadas todas as fases de arbitramento, cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em última instância, avaliar o *quantum* arbi-

trado para evitar exageros e distorções na reparação da dor moral. O valor da indenização por dano moral deve sujeitar-se ao seu controle, para que se verifique se foi fixado em parâmetros razoáveis e na linha de moderação das indenizações concedidas.

Desta forma, para elidir as discrepâncias no *quantum*, o Superior Tribunal de Justiça tem defendido que o valor da indenização por dano moral não escape de seu controle. Esse entendimento, segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira (BRASIL, 2001), foi firmado porque existiam manifestos e frequentes equívocos e abusos na fixação do *quantum* indenizatório no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando dos danos morais, pelo que se entendeu lícito ao Superior Tribunal de Justiça exercer o mencionado controle. Vejamos precedentes em que foi observado que as instâncias ordinárias estabeleceram o valor do ressarcimento com evidente excesso, de forma que o STJ precisou intervir, reduzindo uma indenização fixada em 250 salários mínimos para R\$ 15.000,00 (BRASIL, 2007a):

DANO MORAL. REDUÇÃO. INDENIZAÇÃO. Trata-se de ação de indenização por danos materiais e morais, em que o autor objetiva ressarcimento em razão do impedimento de sua entrada no edifício sede da ré por duas vezes. O Tribunal de origem apenas confirmou a ocorrência do dano moral e o valor estipulado na sentença, equivalente a 250 salários-mínimos. O Min. Relator enfatizou que não cabe a este Superior Tribunal perquirir os motivos pelos quais as instâncias ordinárias, soberanas no exame da prova, emprestaram maior confiabilidade aos depoimentos, desprestigiando quaisquer outras provas, porquanto vedada pela Súm. n. 7-STJ. O Tribunal local identificou a ocorrência de ato danoso suficiente para ocasionar a dor moral que diz o autor ter sofrido, elemento fático que desqualifica inclusive os julgados com os quais pretendia comprovar a divergência, nenhum deles retratando situação semelhante. Entendeu o Min. Relator que somente a particularidade de existir ordem expressa de vedação ao acesso em edifício privado, no qual o autor mantinha movimentação bancária, o que, por muito pouco, ultrapassa o contratempo e diferencia a hipótese dos autos das situações em que somente com algum esforço se pode discernir a ocorrência da lesão, pouco se distinguindo do mero dissabor ou aborrecimento, nenhum motivo haveria para se admitir o dano moral, porém, abrigada pela conclusão da Súm. n. 7-STJ. Assim, as instâncias ordinárias estabeleceram o valor do ressarcimento com evidente excesso. Isso posto, o Min. Relator considerou que a reparação econômica em vista da leve

afronta à honra do recorrido, que ficará plenamente compensada com indenização de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais). Ante o exposto, a Turma conheceu em parte do recurso especial e lhe deu parcial provimento, para reduzir a indenização ao montante acima, corrigido a partir da presente data.

Assim, a análise das indenizações por dano moral feita pelo Superior Tribunal de Justiça em última instância alcança relativa segurança jurídica aos cidadãos. Essa segurança é traduzida pela certeza de que as pessoas obterão justa reparação sem enriquecimento injustificado se foram lesadas moralmente. Por outro lado, se lesarem, serão obrigadas a compensar a vítima seguindo um padrão científico que afasta valores estratosféricos que poderiam levá-las à ruína.

Conclusão

Por tudo que foi abordado ao longo do estudo, resta o dever de alertar sobre a importância da adoção de critérios balizadores da indenização dos danos morais, especialmente o método bifásico que, atualmente, vem ganhando prestígio junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Esse modelo de quantificação da indenização civil está sedimentado, em um primeiro momento, na análise de precedentes jurisprudenciais em casos similares, levando em conta exclusivamente o valor arbitrado. Deve ser adotado todo o cuidado possível para evitar a criação de um tarifamento jurisprudencial, o que seria vedado, como o tarifamento legislativo também o é. Seguindo com essa primeira etapa – e com o escopo de encontrar um valor básico para a indenização –, deve ser valorado objetivamente o dano sofrido pela vítima em função do bem jurídico lesado (vida, integridade física, saúde, liberdade, honra, intimidade).

Posteriormente, em uma segunda etapa, precisa o julgador ponderar as circunstâncias do fato, como a gravidade, a intensidade da culpa do ofensor, a eventual participação culposa da vítima e a condição econômica das partes envolvidas. De um modo geral, serão essas as circunstâncias que determinarão uma possível elevação ou diminuição do valor da indenização fixada na primeira fase, que considera apenas os casos análogos. Dessa forma, a margem de liberdade do julgador estaria em valorar os aspectos que se mostrassem necessários, especificando cada um deles em suas decisões. Fundamentando as decisões que concedem indenizações seguindo esse critério, possibilitaríamos uma

análise clara do evento danoso e suas peculiaridades por parte do Superior Tribunal de Justiça, que, a fim e ao cabo, é o órgão que realiza, em última instância, a verificação dos valores arbitrados.

Nesse contexto, o Juiz que quantifica a indenização civil não deve prestigiar apenas sua necessária prudência e moderação no momento do arbitramento da indenização do dano moral, mas também deve fundamentar as decisões seguindo o método bifásico, de forma a fomentar a segurança jurídica da sociedade, que inexistente quando o assunto é a indenização do dano extrapatrimonial. Contudo, essa não pode ser uma tarefa solitária do Magistrado, pois os advogados devem instruir os processos adequadamente e incluir em suas peças processuais elementos que forneçam segurança ao Juiz para fundamentar suas decisões seguindo o método bifásico. Se a comunidade jurídica juntar esforços para esse fim, seguramente estaríamos evoluindo para aprofundar o debate sobre o tema e, quem sabe, dar um importante passo para aproximar os díspares valores das indenizações envolvendo dano moral.

Referências

BRASIL. Recurso Especial n.º 123.205-ES, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Eliana Carneiro Sant'ana Junqueira. Recorrido: Lojas Americanas S/A. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 25.11.1997.

_____. Recurso Especial n.º 167490/SP, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Cláudio Gobetti. Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 18.09.2000.

_____. Recurso Especial n.º 295.175/RJ, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, Recorrente: Jornal do Brasil S/A. Recorrido: Lojas Maria Helena Cisne Cid. Relator Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. DJU 02/04/2001.

_____. Apelação Cível n.º 70004064341, 9ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recorrente: Alessandra da Silva. Recorrido: Município de Guaíba. Relator: Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Julgado em 27/11/2002.

_____. AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 916.864/ RS. Recorrente: DIMED S/A Distribuidora de Medicamentos. Recorrido: Marco Antonio Fraga Mota. Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Julgado em 12/06/2007. Publicado em 29/06/2007.

_____. RECURSO ESPECIAL Nº 628.490-PA. Recorrente: Telemar Norte Leste S/A. Recorrido: Antonio de Pádua Klautau de Araújo Gomes. Rel. Min. Aldir Passarinho Junior. Julgado em 7/8/2007.

- CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito privado**. Tradução Carlos Eduardo Lima Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- CAHALI, Yussef Said. Indenização segundo a gravidade da Culpa. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, n. 1, p. 21-27, set./dez. 1996.
- CARNEIRO, Maria Francisca. **Avaliação do dano moral e discurso jurídico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. 1988.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no Direito brasileiro e a sua reparação in **A Reconstrução do Direito Privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- REIS, Clayton. **Avaliação do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral**. A indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, Wilson de Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Repetitivo. FGTS. Contas vinculadas. Atualização monetária. TR. Índice legal.¹

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 731. ARTIGO 1.036 DO CPC/2015. FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO -FGTS. SUBSTITUIÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO FATOR DE CORREÇÃO MONETÁRIA DOS VALORES DEPOSITADOS POR ÍNDICE QUE MELHOR REPOÑHA AS PERDAS DECORRENTES DO PROCESSO INFLACIONÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. FGTS QUE NÃO OSTENTA NATUREZA CONTRATUAL. REGRAMENTO ESTABELECIDO PELO ART. 17 DA LEI N. 8.177/1991 COMBINADO COM OS ARTS. 2º E 7º DA LEI N. 8.660/1993.

1. Para os fins de aplicação do artigo 1.036 do CPC/2015, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: discute-se a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

2. O recorrente assevera que “[...] a TR deixou de refletir, a par-

tir de 1999, as taxas de inflação do mercado financeiro, e, por conseguinte, o FGTS também deixou de remunerar corretamente os depósitos vinculados a cada trabalhador” (fl. 507). Defende a aplicação do INPC ou IPCA ou, ainda, de outro índice que melhor reponha as perdas decorrentes da inflação.

3. Por seu turno, o recorrido alega que a lei obriga a aplicação da TR como fator de correção de monetária, na medida em que o FGTS não tem natureza contratual, tendo em vista que decorre de lei todo o seu disciplinamento, inclusive a correção monetária que lhe remunera.

4. A evolução legislativa respeitante às regras de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS está delineada da seguinte forma:

(i) o art. 3º da Lei n. 5.107/1966 previra que a correção monetária das contas fundiárias respeitaria a legislação específica;

(ii) posteriormente, a Lei n. 5.107/1966 foi alterada pelo Decreto-Lei n. 20/1966, e o art. 3º supra passou a prever que os depósitos estariam sujeitos à correção monetária na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1669810&num_registro=201601893027&data=20180515&formato=PDF>

Financeiro da Habitação e capitalizariam juros segundo o disposto no artigo 4º;

(iii) em 1989, foi editada a Lei n. 7.839, que passou a disciplinar o FGTS e previu, em seu art. 11, que a correção monetária observaria os parâmetros fixados para atualização dos saldos de depósitos de poupança;

(iv) a Lei n. 8.036/1990, ainda em vigor, dispõe, em seu art. 13, a correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS com parâmetro nos índices de atualização da caderneta de poupança;

(v) a Lei n. 8.177/1991 estabeleceu regras de desindexação da economia, vindo a estipular, em seu art. 17, que os saldos das contas do FGTS deveriam ser remunerados, e não mais corrigidos, pela taxa aplicável à remuneração básica da poupança; e

(vi) a partir da edição da Lei n. 8.660/1993, precisamente em seus arts. 2º e 7º, a Taxa Referencial.

5. O FGTS não tem natureza contratual, na medida em que decorre de lei todo o seu disciplinamento. Precedentes RE 248.188, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 1/6/2001; e RE 226.855/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 13/10/2000.

6. É vedado ao Poder Judiciário substituir índice de correção monetária estabelecido em lei. Precedentes: RE 442634 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 30/11/2007; e RE 200.844 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16/08/2002.

7. O FGTS é fundo de natureza financeira e que ostenta característica de multiplicidade, pois, além de servir de indenização aos trabalhadores, possui a finalidade de fomentar políticas públicas, conforme dispõe o art. 6º da Lei 8.036/1990.

TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015

8. A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice.

9. Recurso especial não provido. Acórdão submetido à sistemática do artigo 1.036 do CPC/2015.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo, em preliminar, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Regina Helena Costa, Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho, deliberou pela continuidade do julgamento. No mérito, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão. Brasília (DF), 11 de abril de 2018 (Data do Julgamento).

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES.

Relator.

REsp 1.614.874 – DJe 15/05/2018.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram, oralmente, os Drs. HERLON TEIXEIRA, pela parte recorrente: SINDICATO DOS TRABALHADORES EM ÁGUA, ESGOTO E MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA - SINTAEMA SC, GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO, pela parte recorrida: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL,

RENATA SILVEIRA VEIGA CABRAL, pela parte interessada: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO, ANTONIO GLAUCIUS DE MORAIS, pela parte interessada: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS FUNCIONÁRIOS DO BANCO DO BRASIL, DIOGO MESQUITA PÓVOA, pela parte interessada: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM SEGURIDADE SOCIAL - CNTSS/CUT e FLÁVIO JOSÉ ROMAN, pela parte interessada: BANCO CENTRAL DO BRASIL - BACEN.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realiza-

da nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo, a Seção, em preliminar, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator, Regina Helena Costa, Francisco Falcão e Napoleão Nunes Maia Filho, deliberou pela continuidade do julgamento. No mérito, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.”

A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina -SINTAEMA/SC, às fls. 500-513, com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 492):

ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. CORREÇÃO DOS SALDOS DAS CONTAS DO FGTS. APLICAÇÃO DA TR. ART. 3º DA LEI 8.036/90. SÚMULA 459/STJ. TROCA DE ÍNDICE POR OUTRO QUE REFLITA A INFLAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O estatuto que rege a matéria é a Lei 8.036/90, a qual disciplina os parâmetros a serem observados sobre os depósitos de FGTS, entre eles a forma de correção e remuneração dos valores depositados.

2. O Superior Tribunal de Justiça adota a constitucionalidade da TR como índice de correção monetária para a correção do FGTS na Súmula 459: A Taxa Referencial (TR) é o índice aplicável, a título de correção monetária, aos débitos com o FGTS recolhidos pelo empregador, mas não repassados ao fundo.

3. Os critérios de correção do FGTS são estabelecidos por força de lei, não podendo ser alterados através de escolha de indexador diverso reputado pela parte autora mais favorável em determinada época.

4. Agravo improvido.

Noticiam os autos que o Sindicato dos Trabalhadores em Água, Esgoto e Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina - SINTAEMA-SC (ora recorrente) ajuizou, em desfavor da Caixa Econômica Federal - CEF (ora recorrida), ação ordinária coletiva, a fim de que seja substituída a TR como fator de correção monetária dos valores depositados a título de FGTS nas contas dos seus substituídos, pelo índice que repõe as perdas decorrentes da inflação e requereu o seguinte (fls. 19-20):

c) declaração judicial que a TR – Taxa Referencial, não consti-

tui índice de correção monetária porquanto reflete a variação do custo primário da captação dos depósitos bancários a prazo fixo, e não a variação do custo da moeda;

d) a condenação da ré a substituir a TR pelo INPC como índice de correção dos depósitos efetuados em nome dos substituídos, a partir de 1999, com o consequente pagamento, em favor de cada trabalhador substituído pelo autor, do valor correspondente às diferenças do FGTS decorrentes da aplicação do INPC aos valores vinculados, nos meses em que a TR foi menor que a inflação do período (parcelas vencidas e vincendas);

e) caso não entenda pela aplicação do INPC, a condenação da ré a substituir a TR pelo IPCA como índice de correção dos depósitos efetuados em nome dos substituídos, a partir de 1999, com o consequente pagamento, em favor de cada trabalhador substituído pelo autor, do valor correspondente às diferenças do FGTS decorrentes da aplicação do IPCA aos valores vinculados, nos meses em que a TR foi menor que a inflação do período (parcelas vencidas e vincendas);

f) e ainda, caso, não entenda das formas anteriormente expostas, a condenação da ré a substituir a TR por outro índice que leve em consideração a correção monetária e atualize os depósitos efetuados em nome dos substituídos, a partir de 1999, com o consequente pagamento, em favor de cada trabalhador substituído pelo autor, do valor correspondente às diferenças do FGTS decorrentes da aplicação

do referido índice aos valores vinculados, nos meses em que a TR foi menor que a inflação do período (parcelas vencidas e vincendas);

g) sobre os valores devidos pela condenação de que tratam os itens anteriores, a incidência de correção monetária desde a inadimplência da Caixa, bem como os juros legais, observando aqueles próprios do FGTS e os juros do código civil quando tenha ocorrido saque do FGTS em qualquer uma das hipóteses da previstas no art. 20 da Lei 8.036/90.

O Juízo da 3ª Vara Federal da Circunscrição Judiciária de Florianópolis/SC julgou improcedente o pedido pois “descabida a pretensão do autor para que seja determinada aplicação de índice diverso por ele escolhido, procedimento que depende de alteração legislativa” (fl. 413).

Irresignado, o sindicato (ora recorrente) apelou, tendo o Tribunal Regional Federal da 4ª Região negado provimento ao recurso, nos ditames da ementa supra.

No bojo do apelo nobre, o Sindicato recorrente alega violação do artigo 2º, *caput*, da Lei 8.036/1990, ao argumento de que deve ser afastada a TR como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, a fim de que seja preservado o valor real da moeda.

Nas contrarrazões apresentadas às fls. 542-562, a CEF sustenta que é descabido o pleito do recorrente, de que seja aplicado,

como fator de correção das contas vinculadas ao FGTS, os índices divulgados pelo Governo Federal que asseguram a reposição da inflação oficial, seja antes da edição da Lei n. 7.839/1989, ou em período posterior, por entender que o FGTS é disciplinado por legislação própria.

À fl. 589, a Vice-Presidência do TRF da 4ª Região admitiu o presente feito como representativo da controvérsia.

Por meio da decisão de fls. 604-605, admiti o processamento do presente recurso especial sob a sistemática do art. 1.036, *caput*, e § 1º, do CPC/2015 e determinei, dentre outras providências, a suspensão, em todo o território nacional, dos processos pendentes que versem sobre a questão ora afetada (artigo 1.037, II, do CPC/2015).

O Banco Central do Brasil (fls. 613-632), a Defensoria Pública da União (fls. 634-659), a Central dos Sindicatos Brasileiros - CSB (fls. 661-819), a Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil - ANABB (fls. 821-873), a Federação Interestadual dos Trabalhadores em Empresas de Rádio, Televisão Aberta ou por Assinatura - FITERT (fls. 874-907), a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS/CUT (fls. 908-974), a Federação Nacional dos Portuários (fls. 975-1.030), a Federação Nacional das Associações de Pessoal da Caixa Econômica Federal - FENAE (fls. 1.031-1.084), o Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários de Brasília (fls. 1.085-

1.136), a Central Única dos Trabalhadores -CUT (fls. 1.137-1.221), a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro - CONTRAF (fls. 1.222-1.297), o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC (fls. 1.306-1.392), solicitaram o ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*.

O Ministério Público Federal, por meio do seu parecer de fls. 1.300-1.305, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, conforme se constata da seguinte ementa:

Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Débitos relativos ao não recolhimento de FGTS. Índice aplicável. TR. Disciplina legal. Artigo 22, §§1º e 2º, da Lei nº 8.036/1990. Natureza jurídica estatutária e não contratual. Precedentes do Pretório Excelso. Súmula 459 do STJ. Recurso Especial Representativo da Controvérsia nº 1.032.606/DF. Substituição. Impossibilidade. É vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador ordinário. Precedentes do STJ. Parecer pelo conhecimento e desprovimento do Recurso Especial.

Foram admitidos como *amicus curiae* a Associação Nacional dos Funcionários do Banco do Brasil - ANABB (fl. 1.439), a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Seguridade Social - CNTSS/CUT (fl. 1.441), a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro -CONTRAF (fl. 1.443), o Banco Central do Brasil (fl. 1.445).

Na sessão do dia 13/2/2018, solicitei vista regimental dos au-

tos após as sustentações orais.

Já na sessão do dia 21/2/2018, deferi o pedido deduzido pela CEF, às fls. 1.668-1.670, no sentido de adiar o julgamento do recurso representativo de controvérsia em questão.

Por meio da decisão de fls. 1.748-1.749, a União foi admitida no feito na qualidade de assistente simples, com arrimo no art. 5º da Lei n. 9.469/1997.

Por fim, insta expor que tramita no âmbito do Supremo Tribunal Federal a ADI 5.090/DF, ajuizada pelo partido político Solidariedade, cujo relator é o Sr. Ministro Roberto Barroso, no bojo da qual se alega a inconstitucionalidade de trecho do artigo 13, *caput*, da Lei 8.036/1990 e do artigo 17, *caput*, da Lei 8.177/1991, ao argumento de que viola o direito de propriedade, o direito dos trabalhadores ao FGTS e o princípio da moralidade administrativa a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator):

1) PRELIMINAR

Preliminarmente, é imperioso expor, desde já, que não se desconhece que a questão em análise neste recurso especial representativo de controvérsia guarda certa similitude com o que o Supremo Tribunal Federal está apreciando nos autos da ADI 5.090/DF, em que

se alega a inconstitucionalidade de trecho do artigo 13, *caput*, da Lei 8.036/1990 e do artigo 17, *caput*, da Lei 8.177/1991, com o fundamento de que o emprego da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS viola o direito de propriedade, o direito dos trabalhadores ao FGTS e o princípio da moralidade administrativa. Não há, contudo, impedimento para que se prossiga no julgamento deste repetitivo, pelos seguintes motivos: **(i)** a meta 7 do Conselho Nacional de Justiça impõe que os recursos representativos de controvérsia sejam julgados no prazo de 180 (cento e oitenta) dias; **(ii)** a existência de 409.987 (quatrocentos e nove mil e novecentos e oitenta e sete) processos suspensos nos Tribunais Regionais e Juizados Especiais Federais, aguardando o presente julgamento (conforme informação contida no sítio http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp, colhida em 3/4/2018); e **(iii)** em ação direta de inconstitucionalidade, em via de regra, inexistente previsão legal no sentido de suspender o trâmite dos demais processos em que se discute tema idêntico àquele objeto da ADI, salvo em situações específicas, nas quais o Supremo Tribunal Federal determina expressamente a suspensão dos processos, o que não se verifica no caso em tela.

Evidencia-se, portanto, não ser o caso de suspensão do julgamento do presente recurso especial representativo de controvérsia,

com o fim de aguardar o desfecho da ADI 5.090/DF.

2) TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015

Para os fins de aplicação do artigo 1.036 do CPC/2015, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: discute-se a possibilidade, ou não, de a TR ser substituída como índice de correção monetária dos saldos das contas vinculadas ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

3) HISTÓRICO

O Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), como cediço, foi instituído pela Lei n. 5.107/1966, com a finalidade de proteger o trabalhador contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, e substituiu a estabilidade decenal anteriormente prevista na Consolidação das Leis do Trabalho, precisamente no art. 492, posteriormente revogado pelo art. 5º da Lei 5.562/1968.

Para melhor compreensão desse tema de grande relevo social, vale relembrar a gênese do FGTS e o seu desenvolvimento no decorrer do tempo.

O direito não deixa de ser realidade histórico-cultural, não admitindo o estudo de quaisquer de seus ramos, sem que se tenha noção de seu desenvolvimento dinâmico no transcurso do tempo. Por isso, é de suma importância o conhecimento histórico e a evolução social, para que se possa ter a exata compreensão de determinado instituto jurídico.

Faz-se necessário, no caso que se decide (índice de correção monetária do FGTS), a compreensão de sua evolução, partindo das Constituições anteriores e do sistema à elas inerentes, inclusive com a verificação do sistema de estabilidade laboral, que lhe é correlato, para, ao final,

Documento: 1669810 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 15/05/2018 Página 16 de 7

constatar como é disciplinado a correção de sua conta.

Inicialmente, a estabilidade foi prevista para os militares, na Constituição de 1824. Posteriormente, foi estendida à iniciativa privada por meio da Decreto-Lei n. 4.682/1923 (Lei Eloy Chaves), precisamente em seu art. 42:

Art. 42. Depois de 10 annos de serviços effectivos o empregado das emprezas a que se refere a presente lei só poderá ser demittido no caso de falta grave constatada em inquerito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspectoria e Fiscalização das Estradas de Ferro.

Por meio da evolução legislativa, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) também previa a estabilidade, em seus arts. 492 a 500 (os quais foram substituídos com a criação do FGTS).

Aos trabalhadores que ainda não gozavam do direito à estabilidade, a CLT previa o direito à reparação econômica na hipótese de dispensa imotivada.

Em breve síntese, tem-se que o regime da estabilidade, na or-

dem constitucional, vigorou entre 1946 e 1988, sendo que a sua extinção serviu de motivação para a criação do FGTS, com o fim de proteger o trabalhador da demissão imotivada.

4) EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE A CORREÇÃO MONETÁRIA DO SALDO DAS CONTAS VINCULADAS AO FGTS

O art. 3º da Lei n. 5.107/1966 previra que a correção monetária das contas fundiárias respeitaria a legislação específica: “Os depósitos efetuados na forma do art. 2º são sujeitos à correção monetária de acordo com a legislação específica, e capitalização de juros, segundo disposto no art. 4º”.

Posteriormente, a Lei n. 5.107/1966 foi alterada pelo Decreto-Lei n. 20/1966, e o art. 3º supra passou a ter a seguinte redação: “Os depósitos efetuados de acordo com o artigo 2º são sujeitos à correção monetária na forma e pelos critérios adotados pelo Sistema Financeiros da Habitação e capitalizarão juros segundo o disposto no artigo 4º”.

Em 1989, veio a ser editada a Lei n. 7.839, que passou a disciplinar o FGTS e previu, em seu art. 11, que a correção monetária observaria os parâmetros fixados para atualização dos saldos de depósitos de poupança: “Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente, com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança, e capitalizarão juros de 3% a.a”.

Na sequência, foi publicada a Lei n. 8.036/1990, ainda em vigor, que também dispõe, em seu art. 13, a correção monetária dos depósitos vinculados ao FGTS com parâmetro nos índices de atualização da caderneta de poupança: “Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano”.

Já no ano de 1991, a Lei n. 8.177 estabeleceu regras de desindexação da economia, vindo a estipular, em seu art. 17, que os saldos das contas do FGTS deveriam ser remunerados, e não mais corrigidos, pela taxa aplicável à remuneração básica da poupança:

Art. 17. A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração.

Parágrafo único. As taxas de juros previstas na legislação em vigor do FGTS são mantidas e consideradas como adicionais à remuneração prevista neste artigo.

Por fim, a Lei n. 8.660/1993 extinguiu a Taxa Referencial Diária - TRD, prevista na Lei n. 8.177/1991, e determinou que os depósitos da poupança fossem remun-

nerados pela Taxa 1991 Referencial - TR, conforme se observa da leitura dos seus artigos 2º e 7º:

Art. 2º Fica extinta, a partir de 1º de maio de 1993, a Taxa Referencial Diária - TRD de que trata o art. 2º da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991.

[...]

Art. 7º Os depósitos de poupança têm como remuneração básica a Taxa Referencial -TR relativa à respectiva data de aniversário.

Como exposto anteriormente, no início da década de 90, a economia brasileira ainda enfrentava o fenômeno inflacionário. Dentre as inúmeras tentativas para tentar conter a inflação, o Poder Legislativo editou a Lei n. 8.177/1991 e instituiu a Taxa Referencial -TR, a fim de desvincular a correção monetária dos índices de preços. Essa providência visou extirpar, do cenário econômico nacional, a cognominada “inflação inercial”, quando os índices inflacionários anteriores eram incorporados aos processos de indexação e acabavam gerando mais inflação. Nesse sentido, o art. 1º do diploma supra estabelece o que segue:

Art. 1º O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas eco-

nômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal.

Vale lembrar que a substituição da TR como fator de correção dos depósitos a título de FGTS é objeto de deliberação por parte do Poder Legislativo; na Câmara dos Deputados tramitam os Projetos de Leis n. 4.566/2008, 6.979/2013 e 7.037/2014. Há, ainda, o Projeto de Lei n. 6.247/2009, que objetiva compensar, por meio de aportes públicos, a diferença entre os saldos das contas vinculadas ao FGTS e a inflação.

Ressoa evidente, pois, que o pleito do recorrente está inserido no âmbito da competência do Poder Legislativo, e a atuação do Poder Judiciário só estaria legitimada se houvesse vácuo legislativo ou inércia do Poder Legislativo, hipóteses essas não verificadas no caso concreto.

6) IMPOSSIBILIDADE DE SE CALCULAR O ÍNDICE INFLACIONÁRIO COM PRECISÃO

Convém salientar que a economia brasileira conta com diversos índices que buscam calcular o aumento dos preços nos mais diversos segmentos, como, *v. g.*, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que calcula a inflação no mercado varejista e demonstra o aumento de custo de vida da população com renda mensal de até

seis salários mínimos. Sua fórmula, no entanto, atribui peso maior à variação de preços de alimentos, gás de cozinha e passagens de ônibus do que o Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), o qual leva em conta o impacto do preço de quatrocentos e sessenta e cinco itens no custo de vida de famílias com renda mensal de 1 (um) a 40 (quarenta) salários mínimos, residentes em onze regiões metropolitanas. Por isso, a inflação dos bens mais consumidos pela classe média, como, por exemplo, automóveis e combustíveis, acaba gerando maior impacto no IPCA do que no INPC. Inclusive, o IPCA se subdivide em outros dois índices, quais sejam: o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), com periodicidade trimestral, é utilizado para reajustes de imposto predial e territorial urbano (IPTU), e o Índice de Preços ao Consumidor Amplo-15 (IPCA-15), este com periodicidade quinzenal. A Fundação Getúlio Vargas (FGV), por sua vez, calcula o Índice Geral de Preços (IGP), que busca registrar a inflação nos preços de matérias-primas agrícolas e industriais e de bens e serviços finais, a partir da média de três índices: Índice de Preços por Atacado (IPA), com peso de 60%, Índice de Preços ao Consumidor (IPC), com peso de 30%, e Índice Nacional de Custos da Construção (INCC), com peso de 10%. Calcula-se o IPA com dados de capitais onde há indústrias. Já o IPC se refere à inflação de itens de habitação, alimentação,

transporte, saúde e cuidados pessoais, educação, leitura e recreação, vestuário e despesas diversas, tais como cartórios, loterias e *internet*, com base em dados de sete capitais brasileiras. Por fim, o INCC leva em conta itens da construção civil, como materiais, mão de obra e serviços, em doze capitais. Assim como o IPCA, o IGP subdivide-se em outros índices: Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI), referente a cada mês cheio; Índice Geral de Preços do Mercado (IGP-M), para o período entre o dia 21 de um mês e o dia 20 do mês seguinte; e Índice Geral de Preços 10 (IGP-10), referente à variação de preços entre o dia 11 de um mês e o dia 10 do mês seguinte.

Conforme se depreende, todos esses índices possuem fórmulas distintas e se utilizam dos mais diversos dados e segmentos para o cálculo da inflação. Diante disso, é evidente que inexistente um índice oficial ou que seja mais correto.

E isso ocorre justamente por força da edição da TR, que objetivou desvincular os preços da inflação, ou seja, visou desindexar a economia.

7) CARÁTER MÚLTIPLO DO FGTS

Ainda devem ser realçadas questões de política econômica que pairam sobre a destinação do FGTS que, além de servir de indenização aos trabalhadores, possui a finalidade de fomentar políticas públicas. Veja-se o disposto no art. 6º da Lei 8.039/1990:

Art. 6º Ao Ministério da Ação Social, na qualidade de gestor da aplicação do FGTS, compete:

- I - praticar todos os atos necessários à gestão da aplicação do Fundo, de acordo com as diretrizes e programas estabelecidos pelo Conselho Curador;
- II - expedir atos normativos relativos à alocação dos recursos para implementação dos programas aprovados pelo Conselho Curador;
- III - elaborar orçamentos anuais e planos plurianuais de aplicação dos recursos, discriminando-os por Unidade da Federação, submetendo-os até 31 de julho ao Conselho Curador do Fundo;
- IV - acompanhar a execução dos programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana, decorrentes de aplicação de recursos do FGTS, implementados pela CEF;
- V - submeter à apreciação do Conselho Curador as contas do FGTS;
- VI - subsidiar o Conselho Curador com estudos técnicos necessários ao aprimoramento operacional dos programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana;
- VII - definir as metas a serem alcançadas nos programas de habitação popular, saneamento básico e infra-estrutura urbana.

Com efeito, o montante depositado pelo empregador, enquanto não levantado pelo empregado, destina-se a diversas finalidades sociais, tais como: execução dos programas de habitação po-

pular, saneamento básico e infraestrutura urbana. Diante desses aspectos, portanto, pode-se definir o FGTS como um fundo de natureza financeira e que ostenta característica de multiplicidade.

A doutrina especializada sobre o tema também consigna o caráter múltiplo do FGTS. Confira-se:

O FGTS é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justrabalhistas, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei. Por isso associa traços de mera figura trabalhista com traços de figura afeta às contribuições sociais, formando, porém, instituto unitário (DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª Ed. Ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2000, pág. 76).

Pois bem, assentadas essas considerações, insta expor que a “poupança forçada” a título de FGTS reduz, consideravelmente, a liquidez dos depósitos, tendo em vista que cada titular só pode movimentar a sua respectiva conta nas hipóteses previstas pelo art. 20 da Lei n. 8.036/1990: **(i)** despedida sem justa causa, inclusive a indireta, por culpa recíproca ou por força maior; **(ii)** extinção normal do contrato a termo; **(iii)** extinção da empresa; **(iv)** aposentadoria; **(v)** falecimento, caso em que o saldo se destina aos dependentes previdenciários ou sucessores civis; **(vi)** aquisição de imóvel para mora-

dia por meio do Sistema Financeiro da Habitação (SFH); **(vii)** câncer, AIDS e doença grave que cause estágio terminal; **(viii)** idade igual ou superior a sessenta anos; e **(ix)** necessidade pessoal advinda de desastre natural. Por isso, a aplicação desses recursos na geração de rendimentos favorece a execução da política habitacional com baixas taxas de financiamento.

Essa sistemática foi a maneira pela qual os Poderes Executivo e Legislativo puderam viabilizar o direito à moradia, principalmente das famílias de baixa renda, com a oferta de crédito com custo baixo de financiamento, e ainda assegurarem o direito à indenização pelo tempo de serviço.

8) ÍNDICE APLICÁVEL AO FGTS

Neste recurso, o recorrente assevera que “[...] a TR deixou de refletir, a partir de 1999, as taxas de inflação do mercado financeiro, e, por conseguinte, o FGTS também deixou de remunerar corretamente os depósitos vinculados a cada trabalhador” (fl. 507). Defende a aplicação do INPC ou IPCA ou, ainda, de outro índice que melhor reponha as perdas decorrentes da inflação. Sucessivamente, pugna que o Poder Judiciário indique índice mais favorável que a TR.

A discussão dos índices aplicáveis não é nova, já tendo sido objeto de análise pelo STF, no julgamento do RE 226.885/RS, onde se sindicou acerca da natureza institucional do FGTS. Naquele

julgamento, ficou consignado que, diferentemente das cadernetas de poupança, regidas por contrato,

o fundo em questão ostenta natureza estatutária. Confirmam-se a ementa do referido julgado e de outro também no mesmo sentido:

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO -FGTS. CORREÇÃO MONETÁRIA DOS SALDOS DAS CONTAS A ELE VINCULADAS. PLANOS "BRESSER" (JUNHO/87), "VERÃO" (JANEIRO/89) E "COLLOR I" (ABRIL/MAIO/90).

Não revestindo tais contas caráter contratual, mas estatutário, não há falar em direito adquirido dos seus titulares à atualização monetária dos respectivos saldos, em face de novos índices fixados por lei, ainda que no curso do prazo aquisitivo do direito à correção, posto inexistir direito adquirido a regime jurídico, segundo jurisprudência assente do STF.

Aresto que dissentiu dessa orientação tão-somente quanto aos Planos "Bresser" (junho/87) e "Collor I" (maio/90), posto que, quanto aos demais, não havia questão de direito intertemporal a ser considerada. Recurso que, por isso, é conhecido em parte e nela provido, para o fim de reformar o acórdão no que concerne aos dois planos acima enumerados (RE 248.188, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 1/6/2001) (grifamos).

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço -FGTS. Natureza ju-

rídica e direito adquirido. Correções monetárias decorrentes dos planos econômicos conhecidos pela denominação Bresser, Verão, Collor I (no concernente aos meses de abril e de maio de 1990) e Collor II.

- O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), ao contrário do que sucede com as cadernetas de poupança, não tem natureza contratual, mas, sim, estatutária, por decorrer da Lei e por ela ser disciplinado. -Assim, é de aplicar-se a ele a firme jurisprudência desta Corte no sentido de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Quanto à atualização dos saldos do FGTS relativos aos Planos Verão e Collor I (este no que diz respeito ao mês de abril de 1990), não há questão de direito adquirido a ser examinada, situando-se a matéria exclusivamente no terreno legal infraconstitucional. - No tocante, porém, aos Planos Bresser, Collor I (quanto ao mês de maio de 1990) e Collor II, em que a decisão recorrida se fundou na existência de direito adquirido aos índices de correção que mandou observar, é de aplicar-se o princípio de que não há direito adquirido a regime jurídico.

- Recurso extraordinário conhecido em parte, e nela provido, para afastar da condenação as atualizações dos saldos do FGTS no tocante aos Planos Bresser, Collor I (apenas quanto à atualização no mês de maio de 1990) e Collor II (RE 226.855/RS, Relator Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 13/10/2000) (grifamos).

O caráter institucional do FGTS não gera o direito, aos fundistas, de eleger o índice de correção monetária que entendem ser mais vantajoso.

Ademais, é vedado ao Poder Judiciário substituir índice de correção monetária estabelecido em lei. À guisa de exemplo, colhem-se os seguintes julgados do STF:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA TRIBUTÁRIA - SUBSTITUIÇÃO LEGAL DOS FATORES DE INDEXAÇÃO - ALEGADA OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE TRIBUTÁRIA - INOCORRÊNCIA - SIMPLES ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM MAJORAÇÃO DO TRIBUTO - RECURSO IMPROVIDO.

-Não se revela lícito, ao Poder Judiciário, atuar na anômala condição de legislador positivo, para, em assim agindo, proceder à substituição de um fator de indexação, definido em lei, por outro, resultante de determinação judicial. Se tal fosse possível, o Poder Judiciário - que não dispõe de função legislativa - passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. Precedentes.

-A modificação dos fatores de indexação, com base em legislação superveniente, não constitui desrespeito a situações jurídicas consolidadas (CF, art. 5º, XXXVI), nem transgressão ao postulado da não-surpresa, instrumentalmente garantido pela cláusula da anterioridade tributária (CF, art. 150, III, "b").

-O Estado não pode legislar abusivamente, eis que todas as normas emanadas do Poder Público -tratando-se, ou não, de matéria tributária -devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV). O postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. Hipótese em que a legislação tributária reveste-se do necessário coeficiente de razoabilidade. Precedentes (RE 200844 AgR, Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 16/08/2002) (grifamos).

1. Agravo regimental em recurso extraordinário.

2. Substituição pelo Poder Judiciário de índice de correção monetária. Art. 38, da Lei nº 8.880, de 27 de maio de 1994. Impossibilidade. Controvérsia infraconstitucional. Precedentes.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 442634 AgR, Relator Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ 30/11/2007) (grifamos).

Por fim, tendo o legislador estipulado a TR como o índice legal de remuneração das contas

vinculadas ao FGTS, não pode tal índice ser substituído por outro, pelo Poder Judiciário, simplesmente sob a alegação da existência de outros índices que melhor repõem as perdas decorrentes do processo inflacionário, porque tal providência está claramente inserida no âmbito de atuação do Poder Legislativo, sob pena de vulnerar o princípio da Separação dos Poderes.

9) TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015

A remuneração das contas vinculadas ao FGTS tem disciplina própria, ditada por lei, que estabelece a TR como forma de atualização monetária, sendo vedado, portanto, ao Poder Judiciário substituir o mencionado índice.

Isso posto, **nego** provimento ao recurso especial.

Por se tratar de recurso representativo de controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 1.036 do CPC/2015, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros da Primeira Seção, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com a finalidade de dar cumprimento ao disposto no artigo 1.040 do CPC/2015.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Senhor Presidente, peço vênua à maioria, para acompanhar a divergência. Isso porque, no âmbito dessa Seção, pelo menos, haveremos de apreciar a apli-

cação da lei federal, e não há dúvida de que a lei federal determina a incidência da TR, nesta hipótese.

A lei, no caso, só poderia deixar de ser aplicada se porventura esta Seção entendesse, por maioria, suscitar o incidente de sua inconstitucionalidade. Haveria de ter, aqui, um voto, demonstrando que há essa inconstitucionalidade, essa questão haveria de ser aqui deliberada, para, então, remeter-se à Corte Especial. Voto em tal sentido, até agora, não existe.

Sabemos que o Supremo Tribunal Federal está extremamente assoberbado, com julgamento de processos afetados, em regime de repercussão geral, e tem havido alguma delonga, no julgamento desses processos. Não que haja negligência do Supremo. Longe de mim afirmar isso. Mas sabemos todos que há um excesso de trabalho, no Supremo. Aqui estamos, tratando de um recurso especial repetitivo. Temos, no Segundo Grau, inúmeros processos, não tenho aqui os elementos, mas certamente, milhares de processos, aguardando o julgamento deste feito repetitivo, e estaremos aqui, suspendendo este julgamento, indefinidamente. Se o Supremo Tribunal Federal, porventura demorar cinco, dez anos para julgar o assunto, os processos continuarão suspensos, em Segundo Grau.

Assim, penso que essa suspensão indefinida do julgamento deste Recurso Especial repetitivo não atende ao espírito que inspi-

rou o legislador na adoção do regime do recurso especial repetitivo, no âmbito deste Tribunal. Por isso, voto pelo julgamento deste repetitivo, a menos que esta Seção, por sua maioria, entenda que o dispositivo é inconstitucional e remeta a questão à deliberação da Corte Especial, em face do que dispõe a lei processual e a Súmula Vinculante 10/STF.

Superior Tribunal de Justiça

Aposentadoria. Previdência privada. Horas extras. Justiça do Trabalho. Incorporação aos benefícios. Impossibilidade.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. VERBAS REMUNERATÓRIAS (HORAS EXTRAORDINÁRIAS). RECONHECIMENTO PELA JUSTIÇA TRABALHISTA. INCLUSÃO NOS CÁLCULOS DE PROVENTOS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO CUSTEIO. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO. POSSIBILIDADE DE RECÁLCULO DO BENEFÍCIO EM AÇÕES JÁ AJUIZADAS. CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de comple-

mentação de aposentadoria.” b) “Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa empregadora na Justiça do Trabalho.” c) “Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento – se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa –, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.” d) “Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1723870&num_registro=201200647966&data=20180816&formato=PDF>

valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar.” **2. Caso concreto**

a) Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronuncia-se, de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo. b) O acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora à inclusão no seu benefício do reflexo das verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho, sem o aporte correspondente, dissentiu, em parte, da orientação ora firmada.

3. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva acompanhando o Sr. Ministro Relator e sugerindo ajustes nas teses repetitivas propostas, a Seção, por unanimidade, no caso concreto, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.040 do CPC de 2015, foram fixadas as seguintes teses repetitivas:

I -A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de for-

ma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria;

II -Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho;

III -Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso;

IV -Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor

a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista), Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Consignado o pedido de preferência pelo *amicus curiae*, Abrapp - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, representada pelo Dr. Adacir Reis.

Brasília-DF, 08 de agosto de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro **ANTONIO CARLOS FERREIRA**, Relator.

REsp 1.312.736 – DJe 16/08/2018.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do TJRS assim ementado (e-STJ fl. 247):

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. HORAS EXTRAS RECONHECIDAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. FUNDAÇÃO BANRISUL.

1. Inépcia da inicial. A petição inicial atende aos requisitos elencados no art. 282 do CPC. Não há que se confundir a necessidade de indicação dos fundamentos jurídicos com a dos fundamentos legais, que é dispensável. Na petição inicial resta claramente identificado o pedido e a causa de pedir.

2. Ilegitimidade ativa. A ré é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois a relação contratual foi estabelecida entre ela e a autora.

3. Litisconsórcio passivo. Descabida formação de litisconsórcio passivo entre a demandada e o Banrisul, visto que a relação jurídica em debate diz respeito a benefício previdenciário de natureza complementar, não estando em liça relação obrigacional pela qual deva responder a instituição financeira.

4. Perícia atuarial. A prova atuarial postulada pela ré é desnecessária, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito e seu julgamento implica a interpretação de dispositivos regulamentares, havendo elementos suficientes para formação da convicção para o julgamento.

5. Mérito. Deve ser reconhecido o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, tais como as horas extras e seus reflexos, pois aquelas in-

tegram a remuneração da parte e têm repercussão financeira no benefício previdenciário devido. Precedentes.

6. Não pode a instituição de previdência privada utilizar o argumento de ausência de fonte de custeio para se esquivar de sua obrigação, cabendo-lhe planejar os descontos e os índices de contribuição.

7. Sendo restituídos os valores dos benefícios devidos, cabível o desconto, mês a mês, das parcelas correspondentes à dedução do imposto de renda, bem como das contribuições previdenciárias. REJEITADAS AS PRELIMINARES CONTRARRECURSAIS, DERAM PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA.

Na origem, FRANCISCA EMILIA BERTEI PANZIERA, ora recorrida, ajuizou ação “revisional de complementação de aposentadoria e cobrança de diferenças”, pelo rito ordinário, contra a FUNDAÇÃO BANRISUL DE SEGURIDADE SOCIAL, aduzindo que, no ano de 1976, aderiu ao plano de previdência complementar da recorrente, então disciplinado pelo regulamento de 1964.

Segundo afirmou, de acordo com o regulamento ao qual aderiu, o valor do benefício mensal de suplementação de aposentadoria deveria ser calculado a partir da média aritmética simples dos salários de participação do associado, referentes ao período abrangido pelos 12 (doze) últimos meses anteriores ao ato da concessão do benefício.

Argumentou que, muito embora a entidade demandada tivesse inicialmente calculado o benefício suplementar em conformidade com o regulamento, “uma circunstância superveniente e vital para cômputo do SRB -Salário-Real-de-Benefício relativo ao período compreendido pelos 12 (doze) últimos meses anteriores à concessão acabou por modificar a base de cálculo dos valores a serem pagos pela demandada, em consonância com o artigo 16 do Regulamento de Benefícios, qual seja, o trânsito em julgado da reclamatória trabalhista ajuizada pela autora contra seu empregador, posteriormente a sua aposentadoria” (e-STJ fl. 3).

Acostou à inicial cópia de acórdão proferido pelo TRT da 4ª Região que, na reclamatória trabalhista por ela ajuizada contra o BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S.A. (patrocinador), reconheceu o direito da autora à percepção de diferenças salariais, por causa do não pagamento de trabalho extraordinário realizado de forma habitual, bem como dos “reflexos das horas extras no prêmio aposentadoria deferido” (e-STJ fl. 74).

Defendeu que, considerando que as horas extras habituais constituem verba remuneratória, “diante desse novo quadro, a partir do trânsito em julgado da reclamatória trabalhista, consoante faz prova todas as peças oriundas daquele feito, floresceu para a autora o direito formativo de revisar a sua complementação de aposentadoria, diante daqui-

lo que lhe é assegurado pelo próprio regulamento a que está sujeito" (e-STJ fl. 5).

Formulou o pedido nos seguintes termos (e-STJ fls. 14/15):

Ante o exposto, com respeito, requer o recebimento da presente ação, para o fim de: a) determinar a citação da FUNDAÇÃO BANRISUL DE SEGURIDADE SOCIAL, na pessoa de seu representante legal, para, querendo, contestá-la, sob pena de revelia; b) ao final julgar TOTALMENTE PROCEDENTE a presente ação ordinária de cobrança, para: b.1) determinar a revisão da complementação de aposentadoria da autora pela inclusão das diferenças salariais a serem apuradas em sede de liquidação de sentença; b.2) condenar a ré ao pagamento das diferenças existentes, considerando o prazo prescricional aplicável a presente lide, em parcelas vencidas e vincendas, mais juros à razão de 1% ao mês, por se tratar de dívida de natureza alimentar e correção monetária desde quando as parcelas se tornaram devidas; c) condenar a requerida ao pagamento de custas e honorários advocatícios; d) facultar a produção de todo gênero de prova em direito admitido.

Citada, a ré ofereceu contestação, por meio da qual apontou preliminares de inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e litisconsórcio passivo necessário. No mérito, defendeu a impossibilidade de incorporação de verba trabalhista na

complementação de aposentadoria, em face da legislação vigente e do regulamento aplicável (e-STJ fls. 89/108).

O pedido foi julgado improcedente em primeiro grau de jurisdição, diante da ausência de base legal ou contratual para o pretendido recálculo do salário real de benefício (e-STJ fls. 194/198).

Inconformada, a autora inter pôs recurso de apelação, refutando os fundamentos da sentença e reiterando os argumentos apresentados na inicial (e-STJ 201/210).

Em acórdão proferido por maioria, o TJRS deu provimento ao apelo da ora recorrida para (e-STJ fls. 265/267):

a) condenar a ré a revisar o benefício previdenciário complementar da autora, com a integração das parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista n. 00585-2008-801-04-00-3; b) condenar a ré a pagar as diferenças a este título, corrigidas pelo IGP-M desde o vencimento de cada parcela do benefício reconhecido como devido, acrescidas de juros moratórios, a partir da citação, observada a prescrição quinquenal, nos termos da Súmula n. 291 do STJ; c) autorizar os descontos fiscais e previdenciários sobre os valores a serem pagos, na forma da lei e dos Estatutos, incidentes sobre os valores dos benefícios devidos, considerados mês a mês e sobre a parcela correspondente, observando-se a base de cálculo e a alíquota incidente na época

em que devidos; e d) condenar a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do patrono da autora, fixados em 15% sobre o valor da condenação, a teor do que estabelece o art. 20, §3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC, observada a Súmula nº 111 do e. Superior Tribunal de Justiça.

No voto divergente, o Desembargador Revisor entendeu pela necessidade de “ser observada a compensação entre a quantia que deveria ter sido paga pelo associado, a título de salário de contribuição sobre as parcelas que lhe foram reconhecidas e aquela que deverá ser incorporada à complementação de sua aposentadoria” (e-STJ fl. 268).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 278/284).

Nas razões recursais (e-STJ fls. 290/306), fundadas no art. 105, III, “a” e “c”, da CF, FUNDAÇÃO BANRISUL DE SEGURIDADE SOCIAL aponta divergência jurisprudencial e ofensa aos seguintes dispositivos legais, sob as respectivas teses:

(I) art. 535, II, do CPC/1973, argumentando (a) faltar indicação, pelo Tribunal local, da “fonte legal” que o levou ao convencimento de que, “muito embora o Regulamento não faça referência expressa às horas extras, não se pode olvidar que estas possuem caráter essencialmente remuneratório, pois correspondem à contra-prestação por trabalho prestado, excedente à jornada diária

normal, integrando parte do salário. Assim, este acréscimo na remuneração reconhecido pela Justiça do Trabalho não pode ser sonegado no âmbito previdenciário, pois houve alteração na base de cálculo do benefício a ser satisfeito” (e-STJ fls. 298/299) e (b) haver necessidade de manifestação a respeito do disposto nos arts. 27 e 28 do Regulamento do Plano de Benefícios e nos arts. 17 e 21 da LC n. 109/2001 e 6º da LC n. 108/2001, e

(ii) arts. 1º, 18, *caput* e § 3º, e 19 da LC n. 109/2001, sustentando a impossibilidade de inclusão das horas extras habituais no benefício de previdência privada, diante da falta de fonte de custeio e da necessidade de atenção ao princípio do equilíbrio atuarial.

Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 317/352).

Juízo positivo de admissibilidade na origem (e-STJ fls. 354/356).

Em virtude da multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, qual seja, **a inclusão, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria, das horas extraordinárias habituais, incorporadas ao salário do participante de plano de previdência privada por decisão da Justiça trabalhista**, por meio da decisão monocrática de fls. 371/372 (e-STJ), afetei a presente insurgência a julgamento da Segunda Seção, pela sistemática dos recursos especiais repetitivos, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015, oportunidade na qual deter-

minei: (a) a suspensão, em âmbito nacional, do processamento de todas as ações pendentes, individuais ou coletivas, que versem sobre a questão afetada (art. 1.037, II, do CPC/2015), (b) a expedição de ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, comunicando a instauração deste procedimento e facultando-lhes prestar informações em 15 (quinze) dias (art. 1.038, III, § 1º, CPC/2015), (c) a comunicação, ao Ministro Presidente e aos demais integrantes da egrégia Segunda Seção do STJ, e (d) a cientificação da SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – PREVIC, da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – ABRAPP e da ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PARTICIPANTES DE FUNDOS DE PENSÃO – ANAPAR, sendo-lhes facultado apresentar manifestação no prazo de 15 (quinze) dias (art. 1.038, I, do CPC/2015 c/c art. 3º, I, da Resolução STJ n. 8/2008).

Foram indeferidos os pedidos de ingresso no feito, na qualidade de *amicus curiae*, formulados pela FENASPE – FEDERAÇÃO NACIONAL DAS ASSOCIAÇÕES DE APOSENTADOS, PENSIONISTAS E ANISTIADOS DO SISTEMA PETROBRÁS E PETROS, pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE RADIODIFUSÃO E TELEVISÃO DO RIO GRANDE DO SUL, por ARIELZE GUIMARÃES DE MOURA, pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE CRÉDITO – CONTEC e pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE BRA-

SÍLIA (e-STJ fls. 808/809, 810/811, 1.231/1.232, 1.466/1.467, 1.474/1.475).

Foram deferidos os pleitos de igual natureza formulados pela ASSOCIAÇÃO DOS FUNDOS DE PENSÃO DE EMPRESAS PRIVADAS e pelo SINDICATO DOS ASSALARIADOS ATIVOS, APOSENTADOS E PENSIONISTAS NAS EMPRESAS GERADORAS OU TRANSMISSORAS OU DISTRIBUIDORAS OU AFINS DE ENERGIA ELÉTRICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E ASSISTIDOS POR FUNDAÇÕES DE SEGURIDADE PRIVADA ORIGINADAS NO SETOR ELÉTRICO – SENERGISUL (e-STJ fls. 1.233/1.234 e 1.396/1.397).

Não se conheceu dos agravos internos interpostos pelo SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE RADIODIFUSÃO E TELEVISÃO DO RIO GRANDE DO SUL, pelo SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE BRASÍLIA e pela CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE CRÉDITO – CONTEC (e-STJ fls. 1.476 e 1.508/1.509).

Manifestação da PREVIC às fls. 384/413 (e-STJ), da ABRAPP às fls. 766/805 (e-STJ), da ANAPAR às fls. 861/875 (e-STJ) e da APEP às fls. 1.407/1.447 (e-STJ).

O Ministério Público Federal apresentou parecer pelo desprovemento do recurso especial, nos termos da ementa a seguir (e-STJ fl. 1.451):

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. HORAS EXTRAS RECONHECIDAS

PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA. PRECEDENTES DESSA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA QUE NÃO PODE ALEGAR AUSÊNCIA DE FONTE DE CUSTEIO PARA EXIMIR-SE DA OBRIGAÇÃO. POSSIBILIDADE APENAS DE COMPENSAR AS DIFERENÇAS ENTRE O CUSTEIO DO PARTICIPANTE E DO VALOR DO BENEFÍCIO. MANIFESTAÇÃO PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA (Relator):

Trata-se de recurso especial afetado ao rito do art. 1.036 do CPC/2015 (Tema n. 955).

A questão controvertida consiste em definir se é possível incluir, nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade fechada de previdência privada, as horas extraordinárias habituais incorporadas por decisão da Justiça trabalhista à remuneração do participante de plano de previdência complementar.

A matéria em análise foi objeto de exame pelas duas Turmas que compõem a Segunda Seção deste Tribunal.

No julgamento do REsp n. 1.525.732/RS (Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 6/10/2015, DJe 16/10/2015), a Terceira Turma entendeu

que, em regra, “as horas extraordinárias não integram o cálculo da complementação de aposentadoria, à exceção daquelas pagas durante o contrato de trabalho e que compuseram a base de cálculo das contribuições do empregado à entidade de previdência privada, segundo norma do próprio plano de custeio”.

Naquele caso, o órgão julgador concluiu que o regulamento do plano de benefícios da entidade ré assegurava “a integração das horas extras na suplementação de aposentadoria de forma proporcional ao tempo de filiação à própria entidade”, pois, “apesar de não constar na norma estatutária o adicional de horas extras como integrante da base de incidência da contribuição do participante, tal verba tem natureza salarial e faz parte da remuneração do trabalhador, tanto que não foi excluída expressamente no § 1º do art. 21 do Regulamento do Plano de Benefícios nº 1”. Salientou ainda que o sítio eletrônico da então demandada, “quando tece considerações sobre o Plano 1 de Benefícios, informa que o Salário de Participação constitui a base de cálculo das contribuições e tem relação direta com a remuneração recebida mensalmente pelo participante, abrangendo, entre outras verbas, as horas extras (habituais ou não)”.

Diante da peculiaridade daquela demanda, a Turma concluiu que, “como o valor das horas extras compõe a base mensal de cálculo da contribuição do participante à entidade de previdência privada,

deve ser utilizado também, na devida proporção, para fins de recebimento do benefício previdenciário complementar, consoante a equação matemática prevista no regulamento”.

Ressalvou, no entanto, que “deverá ser aferido, em liquidação de sentença,

o montante de custeio que o trabalhador deveria contribuir se o empregador tivesse pagado corretamente as horas extras à época, devendo eventual diferença ser compensada com os valores a que faz jus o participante em virtude da integração da referida verba remuneratória no cálculo do benefício suplementar. Isso em observância aos princípios da fonte de custeio e do equilíbrio econômico-atuarial do fundo previdenciário”. Asseverou que, havendo “apenas a contribuição do trabalhador, deve ser reduzido pela metade o resultado da integração do adicional de horas extras na suplementação de aposentadoria”, e que “deve ser facultado, contudo, ao autor verter as parcelas de custeio de responsabilidade do patrocinador, se pagas a menor, para poder receber o benefício integral, visto que não poderia demandá-lo na presente causa em virtude de sua ilegitimidade passiva *ad causam*”.

Salientou, por fim, “o direito de ressarcimento do autor no tocante às despesas com a cota patronal a ser buscado contra o empregador”.

Eis a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS. HABITUALIDADE. RECONHECIMENTO EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. INTEGRAÇÃO NO CÁLCULO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. PREVISÃO DE CONTRIBUIÇÃO NO REGULAMENTO. VERBA DE NATUREZA SALARIAL. EQUILÍBRIO ATUARIAL E FONTE DE CUSTEIO. OBSERVÂNCIA.

1. Ação ordinária em que se discute se o valor das horas extras, reconhecidas em reclamação trabalhista, devem integrar o cálculo do benefício complementar de aposentadoria.

2. O adicional de horas extras possui natureza salarial, mas, por ser transitório, não se incorpora, em caráter definitivo, à remuneração do empregado. Consoante a Súmula nº 291/TST, mesmo as horas extraordinárias prestadas habitualmente não integram o salário básico, devendo, se suprimidas, ser indenizadas.

3. Em princípio, as horas extraordinárias não integram o cálculo da complementação de aposentadoria, à exceção daquelas pagas durante o contrato de trabalho e que compuseram a base de cálculo das contribuições do empregado à entidade de previdência privada, segundo norma do próprio plano de custeio. Exegese da OJ nº 18 da SBDI-I/TST.

4. Admitir que o empregado contribua sobre horas extras que não serão integradas em sua complementação de aposentadoria geraria inaceitável desequilíbrio atuarial a favor do fundo de pensão.

5. Apesar de não constar no Regulamento do Plano de Benefícios nº 1 da Previ a menção do adicional de horas extras como integrante da base de incidência da contribuição do participante, também não foi excluído expressamente, informando a própria entidade de previdência privada, em seu site na internet, que o Salário de Participação constitui a base de cálculo das contribuições e tem relação direta com a remuneração recebida mensalmente pelo participante, abrangendo, entre outras verbas, as horas extraordinárias (habituais ou não).

6. Reconhecidos, pela Justiça do Trabalho, os valores devidos a título de horas extraordinárias e que compõem o cálculo do Salário de Participação e do Salário Real de Benefício, a influenciar a própria Complementação de Aposentadoria, deve haver a revisão da renda mensal inicial, com observância da fórmula definida no regulamento do fundo de pensão, devendo eventuais diferenças de custeio do participante e de recebimento do benefício ser compensadas.

7. Para manter o equilíbrio econômico-atuarial do fundo previdenciário, e havendo apenas a contribuição do trabalhador, deve ser reduzido pela metade o resultado da integração do adicional de horas extras na suplementação de aposentadoria.

8. Faculta-se ao autor verter as parcelas de custeio de responsabilidade do patrocinador, se pagas a menor, para poder receber o benefício integral, visto que não poderia

demandá-lo na presente causa em virtude de sua ilegitimidade passiva ad causam.

9. Como o obreiro não pode ser prejudicado por ato ilícito da empresa, deve ser assegurado o direito de ressarcimento pelo que despender a título de custeio da cota patronal, a ser buscado em demanda contra o empregador. O termo inicial do prazo de prescrição, nessa hipótese, será o trânsito em julgado do acórdão, visto que é o momento em que nasce a pretensão de reparação (teoria da *actio nata*).

10. Recurso especial provido. (REsp n. 1.525.732/RS, Relator Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 16/10/2015.)

Por sua vez, a Quarta Turma deste Tribunal, no julgamento do AgRg no REsp n. 1.557.698 (Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 19/4/2016, DJe de 26/4/2016), fazendo referência aos EDcl no AgRg no Ag n. 842.268/RS (Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 17/11/2015, DJe 23/11/2015) – no qual se tratou, de forma geral, da possibilidade de inclusão, nos proventos de complementação de aposentadoria, de verbas salariais reconhecidas pela Justiça do Trabalho –, concluiu ser “inviável o pedido de inclusão das verbas salariais incorporadas ao salário por decisão da Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos proventos de complementação de aposentadoria, por ausência de prévia formação da reserva mate-

mática necessária ao pagamento do benefício”.

A Turma considerou aplicável àquela hipótese (AgRg no REsp n. 1.557.698/RS) o entendimento consolidado pela Segunda Seção no julgamento, pelo rito dos recursos repetitivos, do REsp n. 1.425.326/RS (Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/5/2014, DJe de 1º/8/2014), de que “não é possível a concessão de verba não prevista no regulamento do plano de benefícios de previdência privada, pois a previdência complementar tem por pilar o sistema de capitalização, que pressupõe a acumulação de reservas para assegurar o custeio dos benefícios contratados, em um período de longo prazo”.

Conforme o Ministro Relator ressaltou, naquele caso concreto (AgRg no REsp n. 1.557.698/RS), “a Corte local apurou que o regulamento do plano de benefícios nem mesmo faz menção às horas extras, tendo deferido ao fundamento - manifestamente descabido, visto que a relação previdenciária não se confunde com a de emprego que o ora recorrente mantinha com o patrocinador - de que possuem caráter essencialmente remuneratório e, por conseguinte, deveriam repercutir no benefício, de natureza diversa, previdenciário”.

Por sua vez, no julgamento do AgInt no REsp n. 1.372.394/SC (Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/10/2016, DJe de 18/10/2016), enfatizou-se que “as

normas de caráter cogente previstas nos arts. 40 da Lei

n. 6.435/1977, 202 da CF e, v.g., 1º e 18 da Lei Complementar n. 109/2001 impõem que já estejam formadas as reservas que garantam o benefício contratado, no momento em que o participante se torna elegível e que o plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabeleça o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios”. Afirmou-se, ademais, ter ficado “nítido que o recorrente (participante) se quedou inerte e não houve oportuno recolhimento de contribuições para formação do suporte do custeio da verba vindicada, sendo incompatível com a boa-fé objetiva o pleito formulado na presente ação ajuizada em face da entidade previdenciária, eis que o autor pretende receber benefício para o qual não houve nem mesmo recolhimento de contribuições, em prejuízo do fundo comum do plano de benefícios (pertencente aos demais participantes e beneficiários do plano de benefício)”. Além disso, faltaria “nexo de causalidade entre o dano experimentado e a conduta da entidade previdenciária, pois o próprio recorrente afirma que, no tocante à verbas reconhecidas, em acordo em demanda que a entidade previdenciária nem mesmo integrou, após a aposentação pela Justiça obreira - referentes à relação contratual trabalhista, que não se comunica -, foi o patrocinador que, em vista de prática de ato ilícito, criou

óbice para que fossem vertidas as contribuições para a formação do suporte do custeio do benefício vindicado”.

Nesse contexto, o presente julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos tem também por objetivo firmar uma orientação única sobre a matéria, a ser seguida pelas Turmas especializadas em Direito Privado do STJ, conferindo-se assim efetividade aos princípios da segurança jurídica e da isonomia de tratamento às partes processuais.

O regime jurídico da previdência privada complementar, como salientado em diversas oportunidades pela Segunda Seção deste Tribunal, está previsto na Constituição Federal, a qual, em seu artigo 202, *caput* (redação dada pela EC n. 20/1998), estabelece que:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. § 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. § 2º **As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de bene-**

fícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. § 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. § 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.) § 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.) § 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das

entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998.)

De início, observo que o texto constitucional faz clara distinção entre as relações de trabalho, mantidas entre empregado e empregador, e as relações de previdência privada, estabelecidas entre os participantes ou beneficiários e as entidades de previdência privada.

Em virtude da autonomia dessa relação contratual, entendeu o STF ser a Justiça comum competente para processar ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar. Confira-se:

EMENTA Recurso extraordinário – Direito Previdenciário e Processual Civil – Repercussão geral reconhecida – Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria – Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho – Litígio de natureza eminentemente constitucional, cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema – Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda -Modulação dos efeitos do julgamento, para manter, na Justiça Federal do Trabalho, até

final execução, todos os processos dessa espécie em que já tenha sido proferida sentença de mérito, até o dia da conclusão do julgamento do recurso (20/2/13).

1. A competência para o processamento de ações ajuizadas contra entidades privadas de previdência complementar é da Justiça comum, dada a autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Inteligência do art. 202, § 2º, da Constituição Federal a excepcionar, na análise desse tipo de matéria, a norma do art. 114, inciso IX, da Magna Carta.

2. Quando, como ocorre no presente caso, o intérprete está diante de controvérsia em que há fundamentos constitucionais para se adotar mais de uma solução possível, deve ele optar por aquela que efetivamente trará maior efetividade e racionalidade ao sistema.

3. Recurso extraordinário de que se conhece e ao qual se dá provimento para firmar a competência da Justiça comum para o processamento de demandas ajuizadas contra entidades privadas de previdência buscando-se o complemento de aposentadoria.

4. Modulação dos efeitos da decisão para reconhecer a competência da Justiça Federal do Trabalho para processar e julgar, até o trânsito em julgado e a correspondente execução, todas as causas da espécie em que houver sido proferida sentença de mérito até a data da conclusão, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do julgamento do presente recurso (20/2/2013).

5. Reconhecimento, ainda, da inexistência de repercussão geral quanto ao alcance da prescrição de ação tendente a questionar as parcelas referentes à aludida complementação, bem como quanto à extensão de vantagem a aposentados que tenham obtido a complementação de aposentadoria por entidade de previdência privada sem que tenha havido o respectivo custeio. (RE 586453, Relatora Ministra ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão Ministro DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 20/02/2013, REPERCUSSÃO GERAL -MÉRITO DJe-106 DIVULG 05-06-2013 PUBLIC 06-06-2013 EMENT VOL-02693-01 PP-00001.)

Assim como existe distinção entre as relações de trabalho e as de previdência privada, o contrato de previdência complementar também é independente do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), sendo certo que a espécie contratual aqui discutida possui caráter civilista (contratual).

Esse tipo de contrato tem suas bases firmadas no convênio de adesão entabulado entre a entidade de previdência privada e o patrocinador, no regulamento do plano de benefícios e no estatuto da entidade que administra o plano. Dessa forma, a relação jurídica estabelecida entre as partes envolvidas é de direito privado.

É no regulamento do plano que são estipulados os benefícios, os pressupostos para sua concessão, a forma de aporte de recursos, a aplicação do patrimônio, os requi-

sitos de elegibilidade e outros aspectos que formam o conjunto de direitos e obrigações entre as partes (entidade de previdência privada, patrocinadores, participantes e beneficiários).

Há de se ressaltar, no entanto, que, nada obstante o caráter privado dessa modalidade contratual, os planos de benefícios instituídos pelas entidades fechadas de previdência privada estão sujeitos a rígido regramento estatal. É o que se infere do disposto no art. 3º da Lei Complementar n. 109/2001, *in verbis*:

Art. 3º A ação do Estado será exercida com o objetivo de: I - formular a política de previdência complementar; II - disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades reguladas por esta Lei Complementar, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro; III - determinar padrões mínimos de segurança econômico-financeira e atuarial, com fins específicos de preservar a liquidez, a solvência e o equilíbrio dos planos de benefícios, isoladamente, e de cada entidade de previdência complementar, no conjunto de suas atividades; IV - assegurar aos participantes e assistidos o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos de benefícios; V - fiscalizar as entidades de previdência complementar, suas operações e aplicar penalidades; e VI - proteger os interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios.

Ademais, conforme dispõe o art. 5º da LC n. 109/2001, os atos de “normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgão ou órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei, observado o disposto no inciso VI do art. 84 da Constituição Federal”.

Além de estabelecer a distinção entre as relações de trabalho e de previdência privada, como destacado, o art. 202 da CF/1988, com a redação dada pela EC n. 20/1998, **consagrou o regime de capitalização. Esse regime financeiro pressupõe a constituição de reservas que garantam o benefício contratado, mediante o prévio recolhimento das contribuições vertidas pelo participante e pelo patrocinador, bem como os rendimentos auferidos com os investimentos realizados.**

Ressalte-se que o patrimônio dos planos de previdência privada é autônomo, formado por “um conjunto de bens e direitos especialmente destinados, cujas características importam num singular regime jurídico” (BERBEL, Fábio Lopes Vilela. *Teoria Geral da Previdência Privada*. Ed. Conceito Editorial. Florianópolis, 2012, p. 238).

Ao contrário do regime financeiro de caixa ou de repartição simples – em que as contribuições dos trabalhadores ativos ajudam a financiar os benefícios que estão em gozo, como ocorre no RGPS –, o regime de capitaliza-

ção, adotado na previdência complementar, tem como princípio a impossibilidade de haver benefício sem prévio custeio. Assim, para cada plano de benefícios, deve-se formar uma reserva matemática que, de acordo os cálculos atuariais, possibilitará o pagamento dos benefícios contratados.

As reservas matemáticas “são provisões técnicas que as entidades têm que constituir dentro do sistema contábil para que, em cada momento fiquem registradas todas as suas responsabilidades em relação aos compromissos assumidos para com os participantes; depois a lei exige que tais provisões encontrem contrapartida específica no ativo da entidade” (PÓVOAS, Manoel Sebastião Soares. *Previdência Privada. Filosofia, Fundamentos Técnicos, Conceituação Jurídica*. São Paulo. Ed. Quartier Latin, 2007, p. 426).

Em consonância com o art. 202 da Constituição Federal, a LC n. 109/2001, em seu art. 18, §§ 1º a 3º, traz expressa exigência de que o plano de benefícios esteja em permanente equilíbrio financeiro e atuarial. Para tanto, a norma reitera a necessidade de contribuição para a constituição de capital garantidor dos benefícios, provisões e demais despesas do fundo, asseverando a obrigatoriedade do regime financeiro de capitalização.

Dispõe a norma em questão que:

Art. 18. O plano de custeio, com periodicidade mínima

anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º O regime financeiro de capitalização é obrigatório para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas. § 2º Observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, o cálculo das reservas técnicas atenderá às peculiaridades de cada plano de benefícios e deverá estar expresso em nota técnica atuarial, de apresentação obrigatória, incluindo as hipóteses utilizadas, que deverão guardar relação com as características da massa e da atividade desenvolvida pelo patrocinador ou instituidor.

§ 3º As reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título deverão atender permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

Por sua vez, o art. 19 da Lei Complementar n. 109/2001 trata das contribuições previstas para prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, classificadas em normais – aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano – e extraordinárias – voltadas

para o custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

Assim, a viabilidade dessa espécie de regime depende necessariamente da manutenção do equilíbrio entre as reservas existentes no fundo específico – formado pelas contribuições tanto dos participantes quanto dos patrocinadores, bem como pela rentabilidade das aplicações e dos investimentos dessas contribuições – e os valores pagos aos participantes e assistidos, a título de benefícios.

Veja-se que:

O equilíbrio econômico-financeiro versa sobre a solidez do resultado apurado no encontro das receitas com as despesas, ou seja, sobre a suficiência de recursos arrecadados pelo plano de benefícios, no caso ora tratado para cobrir as despesas incorridas com o pagamento de benefícios. Assim, os fluxos de pagamentos de benefícios aos participantes deverá guardar correspondência com os recursos ingressados no respectivo plano. Note-se, destarte, que, de fato, a solvência, a liquidez e o equilíbrio financeiro-econômico dos planos de benefícios têm nítida correlação entre si. Deles extrai-se a necessidade de os padrões mínimos estabelecidos pelos órgãos reguladores promoverem a capacidade das contribuições feitas ao plano de previdência e o patrimônio por elas formado serem suficientes para o cumprimento das obrigações da entidade de previdência com-

plementar. O equilíbrio atuarial apresenta-se como um novo elemento para este cenário de atenção à “saúde” financeira e econômica do plano de benefícios, pois corresponde à capacidade de projeção dos recursos financeiros necessários para a garantia dos benefícios previdenciários oferecidos. Os complexos cálculos e controles atuariais envolvem o estudo de um cenário futuro em que o participante ou os beneficiários passarão a usufruir dos benefícios do plano de previdência e das situações extraordinárias, passíveis de ocorrência a qualquer tempo, que possam implicar pagamento de recursos aos participantes e beneficiários. Com base nestas análises, busca-se trazer ao contexto presente os recursos necessários para cumprir tais compromissos, a fim de determinar o valor das contribuições a serem efetuadas e das metas a serem alcançadas nos investimentos financeiros destes recursos. Considerando que os compromissos assumidos pelo plano de benefícios têm natureza previdenciária, o cálculo atuarial, nestes casos, pondera o número de participantes e beneficiários do plano, a idade destes participantes e beneficiários, sua expectativa de vida, seus níveis salariais, além de outras condições previstas no regulamento do plano. Trata-se, desta forma, de uma análise criteriosa de classificação do perfil das obrigações assumidas pelo plano de benefícios. (BALERA, Wagner [Coord]. *Comentários à Lei de Previdên-*

cia Privada. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 67/68).

Tanto é assim que, para a manutenção desse equilíbrio, o art. 21 da Lei Complementar n. 109/2001 prevê, na hipótese de resultado negativo, o equacionamento do déficit por patrocinadores, participantes e assistidos, na proporção de suas contribuições, sem prejuízo de ação regressiva contra dirigentes ou terceiros que eventualmente deem causa a dano ou prejuízo, podendo-se implementar tal equacionamento, entre outras formas, por meio do aumento do valor das contribuições, da instituição de contribuição adicional ou da redução do valor dos benefícios a conceder.

Dá a importância de se observarem as possíveis repercussões no plano, na hipótese de mudanças posteriores não previstas nos benefícios concedidos, como, a exemplo da matéria aqui tratada, no caso de inclusão das horas extraordinárias habituais, incorporadas à remuneração do participante de plano de previdência complementar, em gozo do benefício, por decisão da Justiça trabalhista.

Com efeito, diante da exigência legal de se adotar o regime de capitalização e da necessidade de manter o equilíbrio atuarial do plano de benefícios, a interpretação que se dá ao contrato de previdência complementar deve visar à preservação desse equilíbrio, tendo sempre em conta os interesses da coletividade dos participantes do plano.

Qualquer alteração nas relações individuais entre entidade e participante que traga mudança nas regras de custeio e de concessão de benefícios pode ter reflexo nas reservas garantidoras do plano, impondo o equacionamento exigido pelo art. 21 da Lei Complementar n. 109/2001.

Ademais, para se cumprir a função social do contrato, é essencial observar

o princípio do mutualismo. Não se pode admitir a concessão de benefício extemporâneo e maior do que o previsto ao se formar o fundo de reserva em favor de determinado assistido, em detrimento da coletividade dos participantes, assistidos e beneficiários, sob pena de malogro do próprio plano de benefícios.

A tese a ser firmada no presente julgamento diz respeito às hipóteses em que a verba em questão (horas extras) não foi paga enquanto vigente o contrato de trabalho, tendo sido reconhecida a existência de jornada extraordinária em ação autônoma, da qual a entidade de previdência privada não participou, quando o participante já se encontrava em fruição do benefício suplementar. Logo, o valor respectivo não se refletiu nas contribuições vertidas pelo participante, tampouco pela patrocinadora. Ademais, não se imputa à entidade demandada qualquer ilícito ou violação do regulamento do plano por ocasião da concessão inicial do benefício.

Não há controvérsia a respeito da natureza remuneratória das

horas extras e do seu respectivo adicional.

Com efeito, assim dispõe o § 11 do art. 201 da CF/1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (...) § 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

O Supremo Tribunal Federal, interpretando o dispositivo em questão, firmou o entendimento de que “a Constituição Federal consignou o caráter remuneratório das verbas referentes ao terço de férias usufruídas, à hora extra, aos adicionais de insalubridade, periculosidade e trabalho noturno” (ARE 1.048.172/SC AgR, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 6/10/2017, DJe/247 de 26/10/2017, publicado em 27/10/2017).

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte. A propósito:

TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE E HORAS EXTRAS.

NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ.

SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA 1. Cuida-se de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543-C do CPC para definição do seguinte tema: "Incidência de contribuição previdenciária sobre as seguintes verbas trabalhistas: a) horas extras; b) adicional noturno; c) adicional de periculosidade".

(...)

ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE, HORAS EXTRAS: INCIDÊNCIA 4. Os adicionais noturno e de periculosidade, as horas extras e seu respectivo adicional constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária (AgRg no REsp 1.222.246/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/12/2012; AgRg no AREsp 69.958/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 20/6/2012; REsp 1.149.071/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/9/2010; Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 9/4/2013; REsp 1.098.102/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/6/2009; AgRg no Ag 1.330.045/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 25/11/2010; AgRg no REsp 1.290.401/RS; REsp 486.697/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17/12/2004, p. 420; AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/11/2009).

PRÊMIO-GRATIFICAÇÃO: NÃO CONHECIMENTO 5. Nesse ponto, o Tribunal a quo se limitou a assentar que, na hipótese dos autos, o prêmio pago aos empregados possui natureza salarial, sem especificar o contexto e a forma em que ocorreram os pagamentos.

6. Embora os recorrente tenham denominado a rubrica de "prêmio-gratificação", apresentam alegações genéricas no sentido de que se estaria a tratar de abono (fls. 1.337-1.339), de modo que a deficiência na fundamentação recursal não permite identificar exatamente qual a natureza da verba controvertida (Súmula 284/STF).

7. Se a discussão dissesse respeito a abono, seria necessário perquirir sobre a subsunção da verba em debate ao disposto no item 7 do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991, o qual prescreve que não integram o salário de contribuição as verbas recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário.

8. Identificar se a parcela em questão apresenta a característica de eventualidade ou se foi expressamente desvinculada do salário é tarefa que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

CONCLUSÃO 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008.

(REsp 1.358.281/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/4/2014, DJe 5/12/2014.)

Em tais circunstâncias, havendo previsão, no regulamento do plano de previdência privada, de que as parcelas de natureza remuneratória devem ser inseridas na base de cálculo das contribuições a serem recolhidas (pelo patrocinador e pelo participante) e ainda servir de parâmetro para o cálculo da renda mensal inicial do benefício de suplementação de aposentadoria, essas parcelas (horas extras), uma vez realizado o aporte correspondente, em regra deverão compor o cálculo do benefício a ser concedido.

Nesse contexto, não resta dúvida de que, no presente caso concreto (no qual ficou estabelecido pelas instâncias ordinárias haver previsão, no regulamento do plano, de que as parcelas de natureza remuneratória compõem a base de cálculo das contribuições), em princípio, os valores correspondentes à remuneração do trabalho extraordinário habitual, no período de apuração da renda mensal inicial, deveriam ter refletido nas contribuições do participante e do patrocinador e, de igual modo, ter sido considerados para a fixação do valor do benefício.

No entanto, é de se reconhecer que a inclusão desses valores nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria posteriormente à concessão do benefício, sem prévio suporte financeiro, além de desrespeitar o comando legal do art. 18, §§ 1º a 3º, da Lei Complementar n. 109/2001, acarretará prejuízo ao fundo, podendo resultar em

desequilíbrio do plano de benefícios, o que representa uma ameaça à preservação da segurança econômica e financeira atuarial para a coletividade dos participantes e a possível necessidade de recomposição das reservas, nos moldes previstos no art. 21 da lei complementar mencionada.

Em um primeiro momento, parece suficiente, para corrigir o problema da falta de fonte de custeio, a solução proposta pela Terceira Turma deste Tribunal no julgamento do REsp n. 1.525.732/RS – no sentido de reconhecer a procedência do pedido formulado, naquele caso concreto, pelo participante para condenar a entidade ré a reajustar o benefício, mediante a extemporânea contribuição correspondente aos valores que deixaram de ser recolhidos no momento oportuno.

Entretanto, tal providência, com as mais respeitadas vênias, não se concilia com a expressa exigência legal do prévio custeio (art. 18, §§ 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 109/2001), resultando processo excessivamente oneroso para o fundo e para a coletividade dos participantes.

Com efeito, seria necessária a efetiva recomposição atuarial do plano, para possibilitar a inclusão dessas verbas no benefício, com a indispensável formação da reserva matemática (reserva de benefícios a conceder), exigida pela lei.

Não se afigura suficiente para essa recomposição que o recurso financeiro ingresse no fundo, com o aporte de valor atualiza-

do das contribuições, que deveriam ter sido feitas pelo participante e pelo patrocinador, por meio de simples cálculo aritmético. De fato, a recomposição das reservas do plano demanda mais que um mero encontro de contas, exigindo a elaboração de complexos cálculos atuariais baseados em análises probabilísticas que devem retroagir ao momento em que cada aporte deixou de acontecer e na forma em que deveria ter ocorrido, impondo um recálculo individualizado em face de um plano mutualista.

Além disso, como se sabe, tramitam no Judiciário múltiplas ações individuais com pedidos semelhantes, impondo cada uma delas sucessivos equacionamentos localizados, com todas as dificuldades mencionadas e correspondentes custos operacionais, em prejuízo de toda a coletividade dos participantes, ameaçando a segurança econômica e financeira do fundo, dando a ideia de precariedade aos benefícios concedidos.

Como bem assinalou a PREVIC em sua manifestação, na qualidade de *amicus curiae* (e-STJ fl. 398):

Muito embora a presente contenda seja voltada em desfavor de entidade fechada de previdência complementar, mostra-se equivocada a perspectiva segundo a qual seria a própria entidade a suportar eventuais ônus decorrentes da condenação nesta ou nas muitas outras ações de idêntica natureza. São os participantes ativos, os assistidos, even-

tualmente os dependentes destes e os patrocinadores aqueles que efetivamente sofrerão os seus efeitos.

Não há como se evitar, em ações como a presente, que os elevados custos operacionais dos cálculos atuariais, das perícias e da própria defesa judicial envolvidos em cada caso concreto sejam efetivamente suportados pela coletividade dos participantes e beneficiários do plano. Além disso, conforme salientado anteriormente, a empregadora (patrocinadora), que deixou de reconhecer o trabalho extraordinário realizado no momento oportuno e, conseqüentemente, deu causa à falta do aporte necessário para o incremento do benefício, nem sequer faz parte da lide em que se pleiteia a revisão do benefício, não sendo possível, dessa forma, determinar, nessas ações, que ela, e não a coletividade dos participantes, assumo esse encargo.

Nesse contexto, não havendo nenhum ato ilícito praticado pela entidade de previdência complementar, diante da falta de prévio custeio e da onerosidade excessiva que representa para a coletividade dos participantes a recomposição do fundo, as parcelas ou os valores de natureza remuneratória devidos ao ex-empregado reconhecidos posteriormente à concessão do benefício de complementação de aposentadoria – como no caso das horas extras habituais – não podem repercutir no benefício concedido, sob pena de ofender o comando normativo do art. 18, §§

1º, 2º e 3º, da Lei Complementar n. 109/2001 e de acarretar o desequilíbrio financeiro e atuarial do plano, pois não foram consideradas ao se formar a prévia e necessária reserva matemática para o pagamento do benefício.

Cumpra ressaltar que a justa reparação pelo eventual prejuízo que o participante do plano de previdência complementar tiver sofrido em decorrência de ato ilícito de responsabilidade da patrocinadora, que implicou em benefício de complementação de aposentadoria menor do que aquele que lhe seria devido, deve ser buscada, se possível, na via processual adequada, em ação movida contra o ex-empregador.

Nada obstante, em relação às várias ações da mesma natureza já ajuizadas contra entidades de previdência privada, é de se reconhecer a possível inviabilidade da pretensão de reparação diretamente contra a patrocinadora, diante do tempo decorrido entre a prolação da sentença na Justiça trabalhista e o julgamento do presente recurso repetitivo.

Nesse sentido, tratando-se de matéria que tem ensejado interpretação controvertida no âmbito desta Seção de Direito Privado, em nome da segurança jurídica e com o fim de evitar um ocasional prejuízo a quem intentou ação idêntica e aguarda solução uniforme por parte do Poder Judiciário, propõe-se, por aplicação extensiva do § 3º do art. 927 do CPC/2015, uma delimitação do alcance da tese a ser firmada no presente julgamento.

Assim, excepcionalmente, propõe-se admitir o recálculo do benefício, nos termos pretendidos, nas ações da espécie propostas na Justiça comum até a data do julgamento do presente recurso repetitivo, condicionando-se tal recálculo ao prévio e integral restabelecimento das reservas matemáticas, por meio de aporte a ser vertido pelo participante, devendo a apuração dos valores correspondentes basear-se em estudo técnico atuarial, conforme disciplinado no regulamento do plano.

Tese definida para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Modulação dos efeitos da decisão para, em ações ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento, conferir a possibilidade de inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos be-

nefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial.”

Acréscimos ao voto

Na sessão de julgamento do dia 8/8/2018, o Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA apresentou voto-vista sugerindo alterações no enunciado da tese para os fins do art. 1.036 do CPC/2015, as quais acolhi integralmente, ficando o texto, após os acréscimos, com a seguinte redação:

Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015:

a) “A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.”

b) “Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta

contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho.”

c) “Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento – se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa –, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso.”

d) “Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar.”

Julgamento do caso concreto

1. Negativa de prestação jurisdicional

Inicialmente, cumpre observar que, embora a petição do recurso especial mencione uma suposta violação do art. 538, parágrafo

fo único, do CPC/1973, pela indevida aplicação de multa no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ fl. 293), a recorrente não discorre sobre o tema em suas razões recursais. Além disso, o acórdão dos aclaratórios não faz menção alguma à penalidade em questão, razão pela qual não conheço dessa insurgência.

Rejeito a alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973. O Tribunal de origem, ainda que em sentido contrário aos interesses da recorrente, julgou a controvérsia tal como apresentada no processo.

Com efeito, ao reformar a sentença, a Corte local entendeu que a autora teria o “direito de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, em especial as horas extras e seus reflexos” (e-STJ fl. 255), salientando que, “embora o Regulamento não faça referência expressa às horas extras, não se pode olvidar que estas possuem caráter essencialmente remuneratório, pois correspondem à contraprestação por trabalho prestado, excedente à jornada diária normal, integrando parte do salário” (e-STJ fl. 257).

Ressaltou, por fim, quanto à ausência de fonte de custeio, que, “em que pese o artigo 202, *caput*, da CF determine a constituição de reservas para o pagamento dos benefícios, não pode a instituição de previdência privada utilizar tal argumento para se esquivar de sua obrigação, tampouco exigir que o aposentado complementemente

o que já recolheu, cabendo àquela planejar os descontos e os índices de contribuição” (e-STJ fls. 259/260).

Não houve, portanto, negativa de prestação jurisdicional, tendo o acórdão se manifestado de forma suficiente e motivada sobre as questões suscitadas nos autos.

2. Violação dos arts. 1º, 18, *caput* e § 3º, e 19 da LC n. 109/2001.

No caso, o acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas reconhecidas na reclamatória trabalhista, sem o aporte correspondente, dissentiu da orientação ora firmada.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso especial para, admitido o recálculo do benefício, na forma determinada pelo TJRS, condicionar o pagamento de quaisquer diferenças ao prévio e integral restabelecimento das reservas matemáticas, por meio de aporte, a ser vertido pela recorrida, dos valores apurados mediante estudo técnico atuarial.

Configurada a sucumbência recíproca (art. 86 do CPC/2015), as custas e o valor total dos honorários advocatícios, conforme fixados na origem, deverão ser suportados na proporção do decaimento das partes, apurando-se os respectivos valores em liquidação.

Deferida a gratuidade da justiça na instância ordinária, deve ser observada a regra do § 3º do art. 98 do CPC/2015. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente o Dr. Guilherme de Castro Barcellos, pela recorrente Fundação Banrisul de Seguridade Social, o Dr. Adacir Reis, pelo amicus curiae Abrapp e o Dr. João Marcelo Torres Chinelato, pelo amicus curiae Previc. Sustentaram oralmente o Dr. Rafael Covolo, pela recorrida Francisca Emilia Bertei Panziera, o Dr. Lucas Abal Dias, pelo amicus curiae Anapar e o Dr. Adovaldo Dias de Medeiros Filho, pelo amicus curiae Sinergisul.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira dando parcial provimento ao recurso especial e fixando teses repetitivas, pediu VISTA o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrigli.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA:

Trata-se de recurso especial, submetido ao rito dos recursos

repetitivos (art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015/art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973), interposto por FUNDAÇÃO BANRISUL DE SEGURIDADE SOCIAL, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que deu provimento ao recurso de apelação interposto pela assistida.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

“APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. HORAS EXTRAS RECONHECIDAS PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. FUNDAÇÃO BANRISUL.

1. Inépcia da inicial. A petição inicial atende aos requisitos elencados no art. 282 do CPC. Não há que se confundir a necessidade de indicação dos fundamentos jurídicos com a dos fundamentos legais, que é dispensável. Na petição inicial resta claramente identificado o pedido e a causa de pedir.

2. Ilegitimidade ativa. A ré é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda, pois a relação contratual foi estabelecida entre ela e a autora.

3. Litisconsórcio passivo. Descabida formação de litisconsórcio passivo entre a demandada e o Banrisul, visto que a relação jurídica em debate diz respeito a benefício previdenciário de natureza complementar, não estando em lição relação obrigacional pela qual

deva responder a instituição financeira.

4. Perícia atuarial. A prova atuarial postulada pela ré é desnecessária, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito e seu julgamento implica a interpretação de dispositivos regulamentares, havendo elementos suficientes para formação da convicção para o julgamento.

5. Mérito. Deve ser reconhecido o direito da parte autora de incluir no seu benefício as parcelas salariais reconhecidas na reclamatória trabalhista, tais como as horas extras e seus reflexos, pois aquelas integram a remuneração da parte e têm repercussão financeira no benefício previdenciário devido. Precedentes.

6. Não pode a instituição de previdência privada utilizar o argumento de ausência de fonte de custeio para se esquivar de sua obrigação, cabendo-lhe planejar os descontos e os índices de contribuição.

7. *Sendo restituídos os valores dos benefícios devidos, cabível o desconto, mês a mês, das parcelas correspondentes à dedução do imposto de renda, bem como das contribuições previdenciárias. REJEITADAS AS PRELIMINARES CONTRARRECURSAIS, DERAM PROVIMENTO AO APELO, POR MAIORIA*” (fl. 247).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 278/284).

No especial, a recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, contrariedade aos arts. 535, II, do Código de Processo Ci-

vil de 1973 (CPC/1973) e 1º, 18, caput e § 3º, e 19 da Lei Complementar nº 109/2001.

Na sessão do dia 13/6/2018, o Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, deu parcial provimento ao recurso especial e fixou teses repetitivas em voto assim sumariado:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. VERBAS REMUNERATÓRIAS (HORAS EXTRAORDINÁRIAS). RECONHECIMENTO PELA JUSTIÇA TRABALHISTA. INCLUSÃO NOS CÁLCULOS DE PROVENTOS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO CUSTEIO. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO. POSSIBILIDADE DE RECÁLCULO DO BENEFÍCIO EM AÇÕES JÁ AJUIZADAS. CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015 a) ‘A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria.’ b) ‘Modulação dos efeitos da deci-

são para, em ações ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento, conferir a possibilidade de inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial.'

2. Caso concreto a) Inexiste afronta ao art. 535 do CPC/1973 quando o acórdão recorrido pronuncia-se de forma clara e suficiente, acerca das questões suscitadas nos autos, manifestando-se sobre todos os argumentos que, em tese, poderiam infirmar a conclusão adotada pelo Juízo. b) O acórdão recorrido, ao reconhecer o direito da parte autora à inclusão no seu benefício do reflexo das verbas reconhecidas pela Justiça do Trabalho, sem o aporte correspondentes, dissentiu, em parte, da orientação ora firmada.

3. *Recurso especial parcialmente provido.*"

Após, pedi vista antecipada dos autos para melhor exame das teses repetitivas formuladas e da modulação de efeitos proposta, haja vista o rico debate que se sucedeu na sessão de julgamento.

De início, no que se refere à possibilidade de modulação dos efeitos de decisão judicial das Cortes Superiores, o art. 927, § 3º,

do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) expressamente admitiu nos seguintes termos: *"Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica."*

Assim, depreende-se que não só quando ocorrer alteração de jurisprudência dominante dos tribunais superiores pode ser aplicada, com parcimônia, ou seja, sem banalizações, tal técnica processual, mas também nos julgamentos envolvendo recurso repetitivo, condicionada, em quaisquer das situações, à necessidade de resguardo da segurança jurídica e da preservação do interesse social.

A propósito, confira-se a seguinte lição de Nelson Nery Júnior e de Rosa Maria de Andrade Nery:

"(...)

(...) *Agora há disposição expressa de lei permitindo a modulação no âmbito do STJ, TRF e TJ. (CPC 927 § 3º). Entretanto, nem precisaria haver previsão legal, tampouco aplicação analógica ou extensiva da LADIn 27, para que a solução hoje apregoadada pelo STF quanto à eficácia ex nunc das decisões de inconstitucionalidade em RE fosse admitida pelo sistema. Dizemos isso porque re-*

ferida solução está em consonância com o próprio sistema constitucional brasileiro. Com efeito, o princípio da segurança jurídica pode indicar a eficácia para o futuro como solução para determinada situação concreta (...). Tudo isso está a indicar a existência, no sistema constitucional brasileiro, de mecanismo apto a justificar decisão dos tribunais superiores (STJ, TST, STF e STM) de deflagrarem efeitos ad futurum às suas decisões que modifiquem sua jurisprudência anterior (...)."

(NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, págs. 1.842/1.843)

Infere-se, assim, que o novel Código de Processo Civil ampliou tanto em sentido vertical quanto horizontal as hipóteses de modulação dos efeitos de decisão judicial, já que essa faculdade não se restringe mais ao Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato ou difuso de constitucionalidade de ato normativo.

Com efeito, existindo interesse social e sendo a segurança jurídica necessária, as Cortes Superiores, na atualidade, também podem fazer uso de tal técnica tanto quando houver a superação de precedente (*overruling*) quanto a formação de precedente em recurso repetitivo.

Nesse contexto, a Primeira Seção, ao apreciar o Tema nº 106 (obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos

não incorporados em atos normativos do SUS) no REsp nº 1.657.156/RJ (Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 4/5/2018), promoveu a modulação de efeitos nos seguintes termos:

"(...)

MODULAÇÃO DOS EFEITOS

Por fim, cabe tratar da questão referente aos processos em curso que não atendem aos critérios acima descritos porquanto estão sendo definidos somente neste recurso repetitivo.

Nos termos do art. 927, § 3º, do CPC/2015:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] § 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

***Sendo assim, verifica-se que o caso em tela impõe a esta Corte Superior de Justiça a modulação dos efeitos deste julgamento, pois vinculativo (art. 927, inciso III, do CPC/2015), no sentido de que os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento.*"** (grifou-se)

Em outra ocasião, o aludido Colegiado também modulou os efeitos de recurso repetitivo já julgado ao acolher em parte embargos de declaração. Confira-se

a ementa dos EDcl no REsp nº 1.336.026/PE (Rel. Ministro Og Fernandes, DJe 22/6/2018), transcrita no que interessa:

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. (...) **VÍCIOS SANADOS. MODULAÇÃO DE EFEITOS. CABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARCIALMENTE, JULGADOS SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 1.036 E SEQUINTE DO CPC/2015 E DO ART. 256-N E SEQUINTE DO REGIMENTO INTERNO DO STJ.**

(...)

9. Tese firmada, tendo sido alterada parcialmente aquela fixada no voto condutor, com a modulação dos efeitos: ‘A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acerto da conta executada, a juntada de documentos pela parte executada, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado. Assim, sob a égide do diploma legal citado e para as decisões transitadas em julgado sob a vigência do CPC/1973, a demora, independentemen-

te do seu motivo, para juntada das fichas financeiras ou outros documentos correlatos aos autos da execução, ainda que sob a responsabilidade do devedor ente público, não obsta o transcurso do lapso prescricional executório, nos termos da Súmula 150/STF’.

10. Os efeitos decorrentes dos comandos contidos neste acórdão ficam modulados a partir de 30/6/2017, com fundamento no § 3º do art. 927 do CPC/2015. Resta firmado, com essa modulação, que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017.

11. Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.” (grifou-se)

Desse modo, na espécie, tratando-se de recurso especial submetido ao rito dos recursos repetitivos, falta saber se é necessária a modulação de efeitos no tema sob apreciação (Tema nº 955).

Isso porque a matéria controvertida -definir se o participante de plano de previdência privada faz jus à revisão de sua renda mensal inicial após o reconhecimento de horas extraordinárias habituais pela Justiça do Trabalho -era antes julgada e apreciada pela própria Justiça laboral.

E, naquela Justiça especializada, a jurisprudência que se consolidou foi a de ser possível tal revisão de valores na aposentadoria complementar, mesmo porque já se condenava o ex-empregador (patrocinador) a recompor a reserva matemática, como se extrai da Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 18 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SBDI-I).

Após o STF estabelecer, em repercussão geral, que as questões envolvendo a complementação de aposentadoria seriam de competência da Justiça Comum (RE nº 586.453/SE, Rel. para acórdão Ministro Dias Toffoli, DJe 5/6/2013), o entendimento jurisprudencial então dominante naquela seara passou a ser frequentemente adotado, com leves modificações, pelas Cortes de Justiça estaduais.

Todavia, quando a controvérsia chegou ao Superior Tribunal de Justiça, as Turmas de Direito Privado encontraram soluções distintas: a Terceira Turma admitiu a revisão da renda mensal inicial, desde que recomposta a reserva matemática, ao passo que a Quarta Turma não a admitiu, já que não observada prévia contribuição, insita ao regime de capitalização.

Nesse passo, cumpre asseverar que em demandas envolvendo a Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social (ELOS) esta Corte Superior reconheceu, tanto em julgados da Terceira quanto da Quarta Turmas, ser possível ao assistido que recebia benefício proporcional receber o integral, desde que vertesse a joia (cumprisse o requisito da constituição da reserva garantidora), sobretudo porque o regulamento do plano previdenciário dispunha a respeito, não sendo empecilho, assim, para promover a revisão de valores a ausência de custeio prévio (REsp nº 1.245.683/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe 5/11/2015, e Resp nº 1.520.435/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 4/4/2017).

De qualquer forma, somente neste recurso repetitivo é que a tese de pretensão reparatória a ser dirigida contra o ex-empregador foi levantada, o que constituiu uma inovação importante, pois eventuais direitos do então empregado lesado poderiam ser resguardados de modo mais efetivo, porquanto em uma só demanda judicial (reclamação trabalhista) conseguiria ser totalmente compensado pelos prejuízos causados pelo ato ilícito do empregador (verbas trabalhistas e indenizatórias e, agora, reflexos frustrados na aposentadoria suplementar).

Nesse cenário, verifica-se, de fato, a necessidade de modulação dos efeitos da decisão a ser proferida neste recurso repetitivo, já que pre-

sentes o interesse social e a imprescindibilidade de proteção da segurança jurídica: são diversos participantes e assistidos os quais passaram a litigar na Justiça Comum e que, por muitos anos, estavam amparados em jurisprudência pacífica da Justiça do Trabalho.

Logo, com a nova orientação desta Segunda Seção acerca da matéria, deve-se dar opção ao participante/assistido que já ajuizou ação na Justiça Comum de revisar a sua renda mensal inicial nos termos do voto do Relator, se tal solução lhe for útil, tendo em vista que outra reclamação trabalhista na Justiça laboral pode estar fulminada pela prescrição.

É certo que a recomposição da reserva matemática pelo assistido pode lhe ser muito onerosa, mas, com relação às cotas patronais, poderá reaver o que despendeu do ex-empregador, se este já não foi condenado pela Justiça do Trabalho a promover tal recolhimento. Como cediço, a empresa empregadora, na condição de patrocinadora, em alguns planos de benefícios, contribui em proporção maior que o empregado (às vezes em valor superior a duas ou três vezes) e a Justiça especializada vem condenando-a continuamente a pagar os valores de custo como decorrência/reflexo das horas extras reconhecidas.

Assim, a tese repetitiva de modulação dos efeitos é medida que se impõe para proteger a confiança do jurisdicionado e evitar

a disseminação de eventual “jurisprudência lotérica”, o que não se coadunaria com a busca de segurança jurídica.

Diante do exposto, propõe-se os seguintes ajustes e teses jurídicas para os efeitos dos arts. 1.038 e 1.039 do CPC/2015:

I - A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria. II - Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho. III - Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de

complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso. IV - Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar.

Verifica-se que no item II foi ressalvada a possibilidade da pretensão reparatória a ser buscada na Justiça do Trabalho contra o ex-empregador por frustrar, diante do ato ilícito cometido, o recebimento a maior da suplementação de aposentadoria.

Já no item III, aperfeiçou-se a redação, pois, como cediço, os regulamentos dos planos de previdência complementar podem ser divididos em três grupos quanto à inclusão das horas extras no salário de contribuição: (i) aqueles que preveem expressamente as horas extras como objeto do salário de contribuição, (ii) aqueles que são omissos quanto às horas extras, mas admitem, em geral, verbas de natureza salarial ou remuneratória (previsão implícita das horas extraordinárias) e

(iii) aqueles que excluem, de forma expressa, as parcelas alusivas às horas extras.

Por fim, no item IV, foi feita alusão às cotas patronais a serem vertidas pelo ex-empregador por força de condenação transitada em julgado na Justiça do Trabalho e que não podem ser usadas para provocar a revisão da suplementação de aposentadoria do ex-empregado.

Ante o exposto, acompanho o Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, para dar parcial provimento ao recurso especial, ajustando as teses repetitivas propostas.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Consignado o pedido de preferência pelo *amicus curiae*, Abrapp - Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, representada pelo Dr. Adacir Reis.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Villas Bôas Cueva acompanhando o Sr. Ministro Relator e sugerindo ajustes nas teses repetitivas propostas, a Seção, por unanimi-

dade, no caso concreto, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.040 do CPC de 2015, foram fixadas as seguintes teses repetitivas:

I -A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria;

II -Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho;

III -Modulação de efeitos (art. 927, § 3º, do CPC/2015): para as demandas ajuizadas na Justiça Comum até a data do presente julgamento, e ainda sendo útil ao participante ou assistido, confor-

me as peculiaridades da causa, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso;

IV -Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa do ente fechado de previdência complementar.

Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (voto-vista), Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

IRDR. Ação de prestação de contas bancárias. Pedido vago e genérico. Impossibilidade.¹

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 1025498-87.2014.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é apelante BANCO SANTANDER BRASIL S/A, é apelado DICIMOL VALE DISTRIBUIDORA DE CIMENTO LTDA.

ACORDAM, em Turma Especial -Privado 2 do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento ao recurso para extinção do processo sem resolução de mérito. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores GILBERTO DOS SANTOS (Presidente), VIRGILIO DE OLIVEIRA JUNIOR, SALLES VIEIRA, HERALDO DE OLIVEIRA, SPENCER ALMEIDA FERREIRA, SÉRGIO SHIMURA, SANDRA GALHARDO ESTEVES, IRINEU FAVA, RICARDO PESSOA DE MELLO BELLI, COELHO MENDES, JOÃO PAZINE NETO, MATHEUS FONTES, CARLOS ALBERTO LOPES, CORREIA LIMA E COUTINHO DE ARRUDA.

São Paulo, 28 de março de 2017.

LÍGIA A. BISOGNI, Relatora.

Apelação nº 1025498-87.2014.8.26.0100 – DJe 29/03/2017.

VOTO

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

IRDR -Ação de prestação de contas ajuizada por correntista de instituição financeira. Pedido genérico.

Tese firmada -Impossibilidade de ajuizamento de ação de exigir contas por correntista de forma vaga e genérica. Necessidade de se apontar na inicial o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos e o período exato em que ocorreram, com exposição de motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário.

Aplicação do caso concreto: Recurso do banco provido para julgar extinta a ação, sem exame do mérito, com fundamento no art. 485, inc. I e VI, do CPC, invertido o ônus da sucumbência.

¹ Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10300953&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_6c1369066c0e4696afa1c535cc8c908e&vlCaptcha=ShqXN&novoVICaptcha=>>

Trata-se de incidente de resolução de demandas repetitivas suscitado por Banco Santander Brasil S.A., pretendendo seja uniformizada a jurisprudência desta Corte acerca da possibilidade ou não, de ajuizamento de ação de prestação de contas por correntista “sem o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, apurando-se se tal fato implicaria generalidade e indeterminação do objeto da ação e, por conseguinte, a extinção do feito sem resolução do mérito por falta de interesse de agir, nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC”.

A demanda, em cujo processo foi suscitado este incidente, foi ajuizada por Dicomol Vale Distribuidora de Cimento Ltda. (proc. 1025498-87.2014.8.26.0100), pretendendo que o banco preste contas, de forma mercantil, no período compreendido entre janeiro de 2008 e dezembro de 2013, da movimentação relativa à conta corrente que mantém junto ao banco requerido, com sentença de procedência em primeiro grau, a fim de condenar a instituição financeira a prestar contas, no prazo de 48 (quarenta e oito horas), sob pena de serem aceitas aquelas que a autora apresentar.

O banco, no recurso de apelação, invoca preliminar de inépcia da inicial, ante a formulação de pedido genérico e indeterminado, posto que a autora da demanda está a pretender a prestação de contas referente a toda movimentação financeira da conta corrente em comento, desde a

data de sua abertura, sem qualquer distinção entre os débitos nela ocorridos. Subsidiariamente, pede pelo reconhecimento da prescrição do período de janeiro de 2008 a março de 2011, ou, se superadas referidas teses anteriores, pugna pela improcedência da ação.

A autora apresentou contrarrazões, aduzindo, em apertada síntese, que o simples fato de ter dúvidas quanto aos lançamentos efetuados em sua conta corrente já é suficiente para que possa ser exigida a prestação de contas; diz, ainda, que os extratos fornecidos não são aptos a demonstrar a origem e autorização dos débitos efetuados; argumenta que tem o direito de ter as contas prestadas, exigindo a comprovação de todos os lançamentos a débito no período indicado, sendo, portanto, preciso o pedido.

Em razão da existência de efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e diante do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, a instituição financeira suscitou a instauração desde incidente, com fundamento no art. 976 do CPC.

Distribuído o feito a esta Egrégia Turma Especial, nos termos do art. 32, I, do Regimento Interno, com a redação que lhe foi dada pelo Assento Regimental 552/2016, fui sorteada para atuar como relatora.

Pelo v. acórdão de fls. 60/63, datado de 09.06.2016, o incidente foi admitido e, vindo a serem

tomadas as providências do art. 982 do CPC. E, em consequência, foi redistribuída a esta Turma Especial a apelação de cujo processo foi instaurado o incidente (CPC, art. 978, § único).

Na sequência, vieram as manifestações, a seguir sintetizadas:

a) do Banco do Brasil (fls. 75/81), na qualidade de assistente simples, pugnando pelo acolhimento da tese sustentada pelo suscitante, ou seja, deve a ação de prestação de contas indicar o período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em seus extratos, que justifiquem a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas;

b) do Banco Santander Brasil S.A. (fls. 134/159), sustentando que a evolução legislativa e jurisprudencial “acerca do cabimento da ação de prestação de contas revela não haver espaço para petições iniciais genéricas, como aquela do processo que serviu de paradigma para o presente IRDR (autos nº 1025498-87.2014.8.26.0100 -cópia integral anexa, doc. 2), no qual pessoa jurídica obrigada a manter Livro Diário e/ou Livro Caixa pede esclarecimentos acerca dos movimentos próprios dessa conta e todos os contratos de crédito firmado entre as partes, cujos valores transitaram pelas referidas contas, que de qualquer forma vinculem a autora, comprovando a origem e autorização para todos os lançamentos a débito”;

c) da Febraban Federação Brasileira de Bancos (fls. 421/436), postulando “seja julgado procedente o pedido formulado pelo suscitante no presente IRDR e fixada a tese jurídica de impossibilidade de ajuizamento de ação de exigir contas por correntista de forma vaga e genérica, sem o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, aplicando-se o resultado do julgamento do caso amostra aos demais casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito em trâmite no território de competência deste Eg. Tribunal, nos termos do artigo 985, I e II do CPC.”

d) do Banco Central do Brasil (fls. 782/800), aduzindo que, não obstante deva ser garantido ao correntista o mais amplo acesso à Justiça, sustenta prevaleça a posição atual do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ou seja, em razão da natureza contábil, matemática e aritmética da ação de prestação de contas, o pedido deve ser específico e detalhado, sob pena de inviabilizar o resultado prático da demanda.

e) da Dicimol Vale Distribuidora de Cimento Ltda. autora da ação de prestação de contas (fls. 808/817), buscando seja rejeitada a tese da necessidade de detalhamento do período e dos lançamentos, ao fundamento de que “o requisito básico para a propositura da ação é atendido pela simples manifestação de dúvida e/ou discordância acerca dos valores lançados na conta corrente do titular, afastando por si só a alega-

ção das instituições financeiras de que a inicial é genérica.”

Por fim, opinou a Procuradoria Geral de Justiça pelo não acolhimento do presente Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (cf. fls. 819/823).

É o relatório.

De início, no caso concreto, destaco efetivamente a existência de inúmeros julgados acolhendo a pretensão de prestação de contas por correntista em face de instituição financeira, sem especificar o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos. Confira-se: Apel. 0002499-67.2012.8.26.0185, 16ª Câmara de D. Privado; Apel. nº 1025937-98.2014.8.26.0100, 20ª Câmara de D. Privado; Apel. nº 0002499-67.2012.8.26.0185, 16ª Câmara de D. Privado, entre muitos outros.

De outro lado, existe expressiva quantidade de julgados que rejeitam a pretensão, forte em que necessária a especificação dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, dando, em consequência, por extinto o processo, sem exame do mérito por falta de interesse de agir. Confira-se: Apel. 0002501-37.2012.8.26.0185, 13ª Câmara de D. Privado; AReg nº 1025532-62.2014.8.26.0100, 37ª Câmara de D. Privado; Apel. nº 1025466-82.2014.8.26.0100, 22ª Câmara de D. Privado, entre vários outros.

Por esses elementos, verifica-se a efetiva repetição de processos que tratam da mesma questão unicamente de direito, de forma que há risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica,

porquanto já identificadas decisões conflitantes, o que afeta a estabilidade e confiança que o jurisdicionado deposita na Justiça, pois, em determinadas demandas, os julgados admitem a ação de prestação de contas por correntista em face de instituição financeira, sem especificar

o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, e em outras tantas rejeitam a pretensão ao fundamento da necessidade de especificação dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, no ponto, frisam: “[...] Em regra, decisões diferentes sobre a mesma questão de direito ofendem a isonomia. Porém, isso não basta para admitir o incidente. Para o incidente, é necessário que esse tratamento anti-isonômico repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança, para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil. É inevitável que eventualmente instado a pronunciar-se a respeito de uma mesma questão de direito em vários processos, inexistindo precedente a respeito do assunto, a Justiça Civil produza decisões diferentes. Enquanto isso não afeta a visão de inevitabilidade da resposta jurisdicional única para aquela específica questão de direito, essa divergência é tida como normal, sendo internalizada pelo sistema.

Todavia, quando essas respostas diferentes importem em risco de que se perca a referência a respeito de qual é a orientação jurisdicional sobre determinada conduta (*rectius*, sobre a interpretação adequada para determinada questão de direito), aí se terá o risco à isonomia e à segurança jurídica, de que fala o art. 976, II, CPC.” (Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015).

Cabe ressaltar, de outro lado, que a Súmula 259 do C. STJ consolidara o entendimento de que a ação de prestação de contas pode ser proposta pelo titular da conta-corrente. E a obrigação de a instituição financeira prestar contas resulta do fato daquele que vem a juízo, na qualidade de titular da conta corrente, ter direito em saber claramente os lançamentos e/ou operações nela efetivados, em havendo dúvida a respeito do modo de proceder do banco.

Nessa linha, se há dúvida por parte do cliente quanto à correção dos valores lançados em conta, ainda que remetidos extratos mensais, é legítimo o interesse de agir, na modalidade necessidade, na ação de prestação de contas, máxime porquanto tal fato não implica na negativa ao direito material de informação.

E “A ação de prestação de contas não envolve necessariamente a existência de débito ou crédito, e a pretensão, no fundo, é o esclarecimento de certas situações resultantes, no geral, da administração de bens alheios. To-

davia, existe a pretensão de prestar contas, e também o direito de prestá-las, de modo que a ação tanto pode ser proposta por quem tenha pretensão a que se prestem contas, como por quem tem o dever de realizá-la” (CLÓVIS DO COUTO E SILVA -RT 394/177).

A propósito, vale ressaltar que o C. Superior Tribunal de Justiça reiteradamente tem decidido que, ainda que os extratos bancários sejam regularmente remetidos ao titular da conta-corrente, o correntista detém interesse no ajuizamento de ação de prestação de contas com o intuito de obter informações quanto a lançamentos efetuados unilateralmente pela instituição financeira, principalmente porque o envio mensal de extratos não constitui efetiva prestação de contas, não elidindo a possibilidade do ajuizamento da competente ação para este fim.

Ademais, “É seguro que o dever de prestar contas é corolário do dever de transparência das informações que as instituições financeiras devem observar em seus relacionamentos com os clientes bancários. E, para o Banco Central do Brasil, essa transparência, exigida pelos citados normativos do Conselho Monetário Nacional, é a pedra de toque da boa relação consumerista no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Consumidor bancário bem informado, bem esclarecido, capaz de comparar as vantagens e desvantagens entre uma e outra instituição financeira é, para

o Banco Central do Brasil, o que há de mais eficiente no estímulo à concorrência e na defesa dos direitos do consumidor.” (cf. manifestação de fls. 790).

Contudo, o que se viu no Judiciário, nos últimos tempos, foi uma excessiva judicialização dessas causas, idênticas e padronizadas, sem qualquer especificação de período e sobre quais movimentações que se pretendem esclarecimentos, muito embora esta Relatora até tivesse o entendimento de que o dever de prestar contas por instituições financeiras decorria somente em razão da relação jurídica mantida com o correntista, sendo desnecessária a especificação dos lançamentos que se reputavam passíveis de dúvida do correntista.

Mas, o que passei a notar é que pedidos genéricos em ação de prestação de contas acabam até mesmo a comprometer o contraditório e ampla defesa da parte *ex adversa*, exatamente por não especificar qual (ais) o(s) lançamento(s) que o correntista reputa passível (eis) de ter (em) sido(s) equivocado(s) ou duvidoso(s), comprometendo até mesmo a finalidade precípua da ação que é a efetiva prestação de contas de forma contábil (2ª fase), para posterior análise e julgamento pelo Poder Judiciário.

A respeito das alegações genéricas, acrescento que a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1231027/PR, de Relatoria da Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, firmou entendimento no sentido

de que, a despeito de ser cabível a ação de prestação de contas pelo titular de conta corrente (Súmula n. 259/STJ), é imprescindível que o autor aponte, em sua inicial, o período exato em que ocorreram lançamentos duvidosos, com exposição de motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário.

Confira-se: “PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. CABIMENTO DA AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS (SÚMULA 259). INTERESSE DE AGIR. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA, JUROS, MULTA, CAPITALIZAÇÃO, TARIFAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O titular de conta-corrente bancária tem interesse processual para exigir contas do banco (Súmula 259). Isso porque a abertura de conta-corrente tem por pressuposto a entrega de recursos do correntista ao banco (depósito inicial e eventual abertura de limite de crédito), seguindo-se relação duradoura de sucessivos créditos e débitos. Por meio da prestação de contas, o banco deverá demonstrar os créditos (depósitos em favor do correntista) e os débitos efetivados em sua conta-corrente (cheques pagos, débitos de contas, tarifas e encargos, saques etc) ao longo da relação contratual, para que, ao final, se apure se o saldo da conta corrente é positivo ou negativo, vale dizer, se o correntista tem crédito ou, ao contrário, se está em débito. [...] 4. A pretensão deduzida na inici-

al, voltada, na realidade, a aferir a legalidade dos encargos cobrados (comissão de permanência, juros, multa, tarifas), deveria ter sido veiculada por meio de ação ordinária revisional, cumulada com repetição de eventual indébito, no curso da qual pode ser requerida a exibição de documentos, caso esta não tenha sido postulada em medida cautelar preparatória. 5. Embora cabível a ação de prestação de contas pelo titular da conta-corrente, independentemente do fornecimento extrajudicial de extratos detalhados, tal instrumento processual não se destina à revisão de cláusulas contratuais e não prescinde da indicação, na inicial, ao menos de período determinado em relação ao qual busca esclarecimentos o correntista, com a exposição de motivos consistentes, ocorrências duvidosas em sua conta-corrente, que justificam a provocação do Poder Judiciário mediante ação de prestação de contas. 6. Recurso especial a que se nega provimento.” (REsp 1231027/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Segunda Seção, julgado em 12/12/2012, DJe 18/12/2012).

Ainda: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PEDIDO GENÉRICO. EXTINÇÃO DA AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É firme a jurisprudência deste Tribunal Superior no sentido de que “o pedido na ação de prestação de contas não pode

ser genérico, porquanto deve ao menos especificar o período e a respeito de quais movimentações financeiras busca esclarecimentos” (AgRg no AREsp n. 544.857/PR, Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 30/10/2014). 2. O autor não especificou os períodos e/ou os motivos consistentes acerca de ocorrências duvidosas em sua conta-corrente. Apenas pleiteou a prestação de contas de toda a relação existente entre as partes, sem apontar qualquer dado concreto, revelando-se, assim, manifestamente genérico o pedido formulado na ação. Incide, à espécie, o óbice da Súmula 83/STJ. 3. Ante a ausência de qualquer subsídio capaz de alterar os fundamentos da decisão agravada, subsiste incólume o entendimento nela firmado, não merecendo prosperar o presente recurso. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 845.800/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 5.4.2016).

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. EXISTÊNCIA DE PEDIDO GENÉRICO. REVISÃO DE CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DE RITOS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. A Segunda Seção desta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que, apesar de o correntista possuir interesse processual para exigir contas da instituição financeira, conforme se extrai do teor do enunciado sumular nº 259 desta Corte,

afigura-se imprescindível que aponte concreta e fundamentadamente as irregularidades detectadas, não bastando a mera referência genérica a respeito, como a verificada no presente caso. 2. É impossível cumular ação de prestação de contas com ação ordinária em que se busca a revisão contratual, em face da incompatibilidade de ritos. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 902.065/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2016, DJe 29/08/2016).

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. PEDIDO GENÉRICO. SÚMULA N. 259/STJ. PRECEDENTES. RECURSO DESPROVIDO. 1. Há interesse de agir do titular de conta-corrente relativamente à prestação de contas dos lançamentos efetuados pela instituição bancária, com a finalidade de esclarecimento de dúvidas sobre a movimentação financeira. Incidência da Súmula nº 259/STJ. 2. Na ação de prestação de contas ajuizada pelo titular de conta-corrente, não basta a mera presunção genérica de que há possível erro nos lançamentos para respaldar o pedido inicial, sendo necessária a indicação específica das ocorrências duvidosas e do respectivo período (REsp n. 1.231.027/PR). 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1530084/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 01/12/2015).

O que se tem de concreto, com relação ao tema, não obstante a

tendência atual da jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, é que, não obstante o direito de o correntista ajuizar ação de prestação de contas mesmo diante do envio de extratos por parte da instituição financeira (Súmula 259 do STJ), é que não se chegou a enfrentar, pelo menos nos precedentes que deram origem à referida súmula, a questão de iniciais genéricas, sem especificação dos lançamentos duvidosos ou do período em que ocorreram os débitos acerca dos quais se buscam esclarecimentos.

Tanto isso é verdade, que há vários julgados deste

E. Tribunal de Justiça, conforme já citado, acolhendo a pretensão de prestação de contas por correntista em face de instituição financeira, sem especificar o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos, causando, repita-se, insegurança jurídica e ofensa à isonomia, o que afeta a estabilidade e confiança que o jurisdicionado deposita na Justiça.

Mas, não obstante a divisão da jurisprudência a respeito do tema, observo que o legislador, já ciente dos problemas e entraves enfrentados com o ajuizamento de ação de prestação de contas, com o novel Código de Processo Civil, excluiu a possibilidade de pedido genérico, ao exigir expressamente a especificidade do pedido.

Neste ponto, o art. 550, combinado com os §§ 1º e 3º, do CPC/15 tornou imprescindível a concreta indicação e fundamentação, na inicial, das irregularidades

detectadas pela parte, ou seja, deve a inicial não só apontar o vínculo jurídico existente com o réu, mas também especificar os lançamentos e o período de esclarecimentos, sendo imprestável a mera referência genérica e vazia a respeito.

Confira-se: “*Art. 550. Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias.*”

§ 1º Na petição inicial, o autor especificará, detalhadamente, as razões pelas quais exige as contas, instruindo-a com documentos comprobatórios dessa necessidade, se existirem.(grifei)

§ 2º (...)

§ 3º *A impugnação das contas apresentadas pelo réu deverá ser fundamentada e específica, com referência expressa ao lançamento questionado.*”

Assim, considerando o rito especial e a natureza contábil da ação de prestação de contas, creio que atualmente, não só em razão da jurisprudência que vem sendo firmada no C. STJ e nesta Colenda Corte, mas também diante da nova processualística a respeito do tema, tenho que o questionamento ou a dúvida do correntista deve ser específica sobre lançamentos identificáveis, até para viabilizar que se preste as contas devidas (sob a forma contábil), ou se leve as informações pertinentes e necessárias, na hipótese de contestação, se de fato se busca uma verdadeira ação de exigir contas.

Como visto, “...é imprescindível balizar o pedido genérico. Isto é, faz-se necessário que eventual condenação a prestar contas seja delimitada e específica, devendo-se levar em consideração as ponderações apontadas nas teses expostas ao longo da presente manifestação. Decisão genérica que não indique os elementos que devem ser apresentados nessa prestação de contas pode inviabilizar a obrigação dos Bancos e lhes causar um sério prejuízo, pois as contas podem ser consideradas imprestáveis. Vê-se, portanto, que não basta à sentença determinar a prestação de contas, devendo o julgador se preocupar em apresentar de forma detalhada os critérios que devem ser considerados para a prestação de contas, bem como

o período que será abrangido por essa decisão.” (cf. fls. 435).

Não se está aqui, de forma alguma, deixando de lado o dever de transparência das instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central, de informar o cliente, de forma clara e objetiva, sobre os aspectos da relação jurídica mantida e esclarecer os lançamentos e/ou operações efetivados na conta corrente, e muito menos vedando o acesso à Justiça. Todavia, é imprescindível que o correntista demonstre interesse de agir, apontando os lançamentos tidos por duvidosos e que sejam particularizados, por data, natureza, contrato ou outra forma que os especifiquem, sob pena de “inviabilizar um desfe-

cho válido do processo, na ritualística da ação de prestação de contas, e fragilizar princípios sensíveis do processo, como o contraditório e a ampla defesa.” (cf. fl. 796).

Esse o entendimento, aliás, que também vem prevalecendo neste E. Tribunal de Justiça, a saber:

“Ação de prestação de contas. Primeira fase. Contratos bancários. Interesse de agir em Juízo. É inviável a pretensão de prestação de contas quando o correntista não demonstra o legítimo interesse de agir em Juízo, fundamentando seu pedido com alegações genéricas e sem demonstração dos lançamentos contábeis incompreensíveis. Decretada a extinção do processo sem resolução do mérito. Inteligência do artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil. Recurso provido.” (cf. Apel. nº 0000371-19.2014.8.26.0407, Rel. Des. Itamar Gaino, j. 06.03.2017).

“Ação de prestação de contas - Contrato bancário - Conta corrente - Ausência de interesse processual verificada - Exordial que não especifica as irregularidades verificadas que fundamentam o pedido ou delimita o período da prestação de contas Pedido genérico inadmissível - Precedentes do STJ -...-Recurso provido.” (cf. Apel. nº 1011733-70.2015.8.26.0405, 16ª Câmara D. Privado, Rel. Miguel Petroni Neto, j. 21.02.2017).

“Prestação de contas -Primeira fase -Contrato de conta corrente e demais operações a ela vinculadas -Pedido genérico, sem especi-

ficar os lançamentos impugnados ou nebulosos -Inadmissibilidade Pedido de prestação de contas deve indicar precisamente os lançamentos tidos por não autorizados ou irregulares, pena de inviabilizar a efetiva prestação jurisdicional -Ausência de interesse processual -Autora carecedora da ação -Precedentes do STJ -Processo extinto, sem resolução de mérito (art. 485, VI, do CPC/2015) -Recurso negado.” (cf. Apel. 0043269-82.2012.8.26.0224, 13ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Francisco Giaquinto, j. 03.03.2017).

Confira-se, ainda: Apel. 1107872-29.2015.8.26.0100, 20ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Álvaro Torres Júnior, j. 20.02.2017; Apel. 1114837-57.2014.8.26.0100, 38ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Marcos Gozzo, j. 24.02.2017; Apel. 0007446-94.2013.8.26.0003, 12ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 21.02.2017; Apel. 1013945-43.2014.8.26.0100, 17ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Afonso Bráz, j. 08.02.2017; Apel. 1097169-73.2014.8.26.0100, 11ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Marino Neto, j. 09.03.2017; Apel. 9000003-70.2012.8.26.0003, 19ª Câmara D. Privado, Rel. Des. João Camillo de Almeida Prado Costa, j. 10.12.2015; Apel. 0059910-87.2012.8.26.0114, 12ª Câmara de D. Privado, Rel. Desª Sandra Galhardo Esteves, j. 27.10.2017; Apel. 1041795-09.2013.8.26.0100, 29ª Câmara Extraordinária de D. Privado, Rel. Des. Maurício Pessoa, j. 24.01.2017; Apel. nº 1000351-48.2016.8.26.0081, 18ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Roque Antonio Mesquita de Olivei-

ra, j. 17.01.2017; Apel. nº 1005013-53.2016.8.26.0405, 14ª Câmara de D. Privado, Rel. Des. Maurício Pessoa, j. 14.12.2016; Apel. nº 0151881-35.2011.8.26.0100, 24ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Plínio Novaes de Andrade Junior, j. 06.10.2016; Apel. 1008565-02.2015.8.26.0004, 38ª Câmara de D. Privado. Rel. Des. Eduardo Siqueira, j. 30.11.2016; Apel. 1014825-35.2014.8.26.0003, 29ª Câmara D. Privado, Rel. Des.

J.B. Franco de Godoi, j. 23.11.2016; Apel. 1004328-16.2015.8.26.0006, 20ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Rebello Pinho, j. 28.11.2016; Apel. 0006202-51.2013.8.26.0482, 15ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Jairo Oliveira Junior, j. 23.11.2016; Apel. nº 1099651-91.2014.8.26.0100, 22ª Câmara D. Privado, Rel. Des. Campos Mello, j. 22.09.2016.

Pelo exposto, julgo procedente o pedido formulado pelo suscitante no presente IRDR, fixada a tese jurídica da impossibilidade de ajuizamento de ação de exigir contas por correntista de forma vaga e genérica, necessitando-se apon-

tar na inicial o indicativo dos lançamentos reputados indevidos e/ou duvidosos e o período exato em que ocorreram, com exposição de motivos consistentes que justifiquem a provocação do Poder Judiciário; e, aplicando-se esse entendimento ao caso concreto, verifica-se que a sentença de primeiro grau diverge do entendimento agora adotado por esta Corte, razão pela qual dá-se provimento ao recurso correspondente ao processo afetado (Apel.1025498-87.2014.8.26.0100), em razão de a inicial ser vaga e genérica, julgando extinto o processo, sem exame do mérito, com fundamento no art. 485, inc. I e VI, do CPC, arcando a autora Dicimol Vale Distribuidora de Cimento Ltda. com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), de conformidade com o disposto nos §§ 8º e 11, do art. 85 do CPC.

LÍGIA ARAÚJO BISOGNI, Relatora.

Tribunal Superior do Trabalho

Terceirização. Serviço de *Call Center*. Licitude. ADPF 324. Natureza vinculante.¹

ACÓRDÃO
(4ª Turma)
GMCB/rrs/

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMADO. RITO SUMARÍSSIMO.

SERVIÇO DE *CALL CENTER*. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. PROVIMENTO.

Ante possível má aplicação da Súmula no

331, III, o provimento do agravo de instrumento é medida que se impõe.

Agravo de instrumento ao qual se dá provimento.

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. RITO SUMARÍSSIMO.

SERVIÇO DE *CALL CENTER*. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO. LICITUDE. PROVIMENTO.

A aferição da licitude da terceirização no âmbito desta Corte Superior demandava prévia análise do objeto da contratação. Isso porque sempre se entendeu pela impossibilidade da terceirização de serviços ligados à atividade precípua da tomadora de serviços, com o fim de evitar a arregimentação de empregados por meio da intermediação de mão de obra e, por consequência, a precarização de direitos traba-

listas (Súmula nº 331, itens I e III).

A questão, contudo, foi submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal na ADPF 324 e no RE 958.252, em

repercussão geral, os quais foram julgados conjuntamente em 30.8.2018, ocasião em que foi fixada a seguinte tese jurídica: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.” Desse modo, a partir dessa data, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente.

Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional declarou a **ilicitude da terceirização**, em razão de o serviço de *call center* prestado pela reclamante se encontrar diretamente relacionado à atividade

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2017&numProcInt=299856&dataPublicacaoStr=05/10/2018 07:00:00&nia=7230771>>

de financeira desenvolvida pela empresa tomadora.

Contudo, manteve a improcedência do pedido de vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços formulado pela reclamante, por se tratar de ente da Administração Pública Indireta.

De outro lado, deu parcial provimento ao recurso ordinário da 2ª reclamada para alterar a responsabilidade da Caixa Econômica Federal de solidária para subsidiária.

Verifica-se que, embora o Tribunal Regional não tenha reconhecido o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, nem atribuído a este a responsabilidade solidária, decidiu deferir diferenças salariais e outros benefícios próprios da categoria dos bancários, inclusive previstos em normas coletivas.

Percebe-se no acórdão que a isonomia salarial aplicada decorreu do fundamento de que a terceirização foi ilícita e houve fraude à legislação trabalhista. Porém, não se pode admitir o reconhecimento de isonomia salarial pelo fundamento de que a terceirização é ilícita, porque tal motivação já não pode mais subsistir.

Recurso de revista do qual se conhece e ao qual se dá provimento.

RR 0010330-19.2016.5.03.0024. DJe 05/10/2018.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-10330-19.2016.5.03.0024, em que é Recorrente AÇÃO CONTACT CENTER

LTDA e são Recorridas CASSIA MARTINS FLOR e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

Insurge-se a parte recorrente, por meio de agravo de instrumento, contra decisão proferida pela Presidência do egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que negou seguimento ao seu recurso de revista por julgar ausente pressuposto de admissibilidade específico.

Alega a parte agravante, em síntese, que o seu apelo merece ser destrancado, porquanto devidamente comprovado o enquadramento da hipótese vertente no artigo 896, "a" e "c", da CLT.

Contraminuta ao presente apelo e contrarrazões ao recurso de revista não foram apresentadas.

O d. Ministério Público do Trabalho não oficiou nos autos.

É o relatório.

VOTO

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO

1. CONHECIMENTO

Preenchidos os requisitos legais de admissibilidade, **conheço** do agravo de instrumento.

2. MÉRITO

2.1. SERVIÇO DE CALL CENTER. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO.

No tocante ao tema, o egrégio Tribunal Regional assim decidiu.

"LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO - Em suma, pugna a reclamante pela declaração de ilicitude da terceirização e, consequentemente, o pagamento de todas as verbas pleiteadas na inicial. Com razão.

Há confissão expressa do preposto da 1ª reclamada sobre o fato da reclamante exercer funções inerentes à atividade-fim da Caixa Econômica Federal, conforme: “[...] *que a reclamante fazia cobrança de financiamento habitacional e FIES para a 2a. reclamada; [...] que a reclamante se identificava como empregada da 1a. (id. a87df59) (art. 389, CPC/15). ré prestando serviços para a 2a. reclamada [...]*” No mesmo sentido, o preposto da 2ª reclamada: “*que a 1a. reclamada realiza serviços de cobrança para a 2a. reclamada, contratos comerciais e habitacionais [...]*” (id. a87df59). Provado tal fato e também a atividade de *telemarketing* (id. efc3ad3 e 60b0337 - pág. 3), a terceirização é ilícita nos termos da Súmula 331, TST e da Súmula 49, deste Egrégio Tribunal, *in verbis*: “TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇO DE ‘TELEMARKETING’. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. ILICITUDE. RESPONSABILIDADE. I - O serviço de ‘telemarketing’ prestado por empresa interposta configura terceirização ilícita, pois se insere na atividade-fim de instituição bancária (art. 17 da Lei n. 4.595/64). [...] III - A terceirização dos serviços de ‘telemarketing’ não gera vínculo empregatício com instituição bancária pertencente à Administração Pública Indireta, por força do disposto no art. 37, inciso II e § 2º, da Constituição Federal, remanescendo, contudo, sua responsabilidade subsidiária pela quitação das verbas legais e normativas asseguradas aos empregados da tomadora, integrantes da

categoria dos bancários, em respeito ao princípio da isonomia. (RA 283/2015, disponibilização: DEJT: 22, 23, 28 e 29/12/2015, 7, 8 e 11/01/2016; republicação em razão de erro material: disponibilização: DEJT/TRT3/Cad. Jud. 27, 28 e Cabe ressaltar que, pelo fato da 2ª reclamada ser ente da Administração 29/01/2016)”. Indireta, não há como se reconhecer o vínculo empregatício com a Caixa Econômica Federal (Súmula 49, III, E. TRT 3ª Região e Súmula 331, II, C. TST), mas tão somente sua isonomia com os empregados dessa recorrida.

Ante o exposto, dou parcial provimento ao recurso para declarar a ilicitude da terceirização havida entre as reclamadas e reconhecer a isonomia da reclamante com os empregados da 2ª reclamada (Caixa Econômica Federal), conferindo-lhe os mesmos direitos e benefícios previstos convencionalmente para a categoria bancária. Para se evitar supressão de instância, determino o retorno dos autos à origem para julgamento dos demais pedidos correlatos, como se entender de direito, considerando-se a isonomia ora declarada.”

Após novo julgamento pelo Juízo de origem, a egrégia Corte Regional consignou:

“(…)”

Examino conjuntamente os recursos, por identidade de matérias. ATIVIDADES EXERCIDAS PELA RECLAMANTE - TELEMARKETING - ENQUADRAMENTO BANCÁRIO -

Data vênia, entendendo não assistir razão às Recorrentes. O caso é típico de aplicação da Súmula 49 deste Regional, e assim sendo, desnecessário o enfrentamento das teses jurídicas contrárias deduzidas nos apelos, ante o disposto na Instrução Normativa nº 39/2016 do Colendo TST em seu artigo 15, inciso IV e V, : : verbis “IV - o art. 489, § 1º, IV, do CPC não obriga o juiz ou o Tribunal a enfrentar os fundamentos jurídicos invocados pela parte, quando já tenham sido examinados na formação dos precedentes obrigatórios ou nos fundamentos determinantes de enunciado de súmula. V - decisão que aplica a tese jurídica firmada em precedente, nos termos do item I, não precisa enfrentar os fundamentos já analisados na decisão paradigma, sendo suficiente, para fins de atendimento das exigências constantes no art. 489, § 1º, do CPC, a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele apreciado no incidente de solução concentrada”. Assim, em face do reconhecimento da condição de bancária da Reclamante, o deferimento das parcelas requeridas é mero consectário. Pequeno reparo merece a r. sentença recorrida no que diz respeito à responsabilidade da CEF, que é subsidiária, nos termos do inciso III da Súmula 49 deste Regional, e não solidária, como deferiu a sentença (...).”

Nas razões do recurso de revista, a primeira reclamada (ACÃO CONTACT CENTER) alegou que a

reclamante não teria direito à isonomia salarial em relação aos bancários, visto que não haveria terceirização ilícita, sendo inaplicável a norma coletiva referente aos bancários.

Indicou divergência jurisprudencial, contrariedade às Súmulas nºs 277, 331 e 374, bem como violação dos artigos 5º, XXXVI, 7º, XXVI, e 8º, III, da Constituição Federal e 611 e 614, § 3º, da CLT.

Não obstante, a autoridade responsável pelo juízo de admissibilidade *a quo*, por julgar ausente pressuposto de admissibilidade específico, decidiu denegar-lhe seguimento.

Na minuta em exame, a ora agravante, ao impugnar a d. decisão denegatória, reitera suas alegações.

Com razão.

Inicialmente, ressalto que se trata de causa submetida ao procedimento sumaríssimo. Assim, a admissibilidade do referido apelo restringe-se ao exame de violação direta de dispositivo da Constituição Federal e/ou de contrariedade a súmula deste Tribunal Superior e/ou súmula vinculante, nos termos do artigo 896, § 9º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.015, de 21 de julho de 2014, e consoante previsto na Súmula nº 442.

Cinge-se a controvérsia em verificar a licitude da terceirização dos serviços de atendimento ao cliente (telemarketing) por instituição financeira, para fins de reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com o tomador dos serviços.

A aferição da licitude da terceirização no âmbito desta colenda Corte Superior demanda prévia análise do objeto da contratação. Isso porque sempre se entendeu pela impossibilidade da terceirização de serviços ligados à atividade precípua da tomadora de serviços, com o fim de evitar a arregimentação de empregados por meio da intermediação de mão de obra e, por consequência, a precarização de direitos trabalhistas.

Nesse contexto, caso restasse comprovada a terceirização da atividade precípua da empresa tomadora de serviço, o vínculo de emprego deveria ser reconhecido diretamente com ela, por ser a real beneficiária dos serviços prestados, conforme se depreende da orientação consolidada nos itens I, II e III da Súmula nº 331, de seguinte teor:

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

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. (...).

É cediço que o supracitado verbete jurisprudencial foi editado num cenário em que o instituto da terceirização carecia de disciplinamento normativo, o qual encontrava previsão apenas em esparsos dispositivos de lei.

Atualmente, a matéria passou a ser objeto de regulamentação da Lei nº 6.019/1974, por força das alterações promovidas pelas Leis nos 13.429/2017 e 13.467/2017, as quais imprimiram significativas mudanças no formato da terceirização. Destaca-se, inclusive, que o artigo 4º-A da Lei nº 6.019/1974 passou a autorizar a terceirização de quaisquer atividades das empresas tomadoras de serviço, incluindo sua atividade principal.

Ocorre que, conquanto a lei tenha permitido a terceirização da atividade precípua, por se tratar de norma de direito material, ela não se aplica a situações pretéritas, anteriores a sua entrada em vigor, além de haver divergência de entendimento quanto à possibilidade de regular os contratos em curso.

Cumprido destacar que as reiteradas decisões proferidas por esta Justiça Especializada, nas quais

era reconhecida a impossibilidade da terceirização de atividade precípua, tiveram a sua constitucionalidade questionada perante o excelso Supremo Tribunal Federal, por meio da **ADPF 324**, ao argumento que violavam a liberdade de contratação, os princípios da legalidade, da livre iniciativa e da valorização do trabalho.

De igual modo, no **RE 958252**, a excelsa Corte reconheceu a repercussão geral da questão referente à ilicitude da terceirização de serviços para a consecução da atividade precípua da empresa, nos termos preconizados na Súmula nº 331.

Em razão da identidade do objeto, os feitos foram julgados em sessão conjunta no excelso Supremo Tribunal Federal, que, por maioria, em 30.8.2018 fixou a seguinte tese jurídica:

“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, **independentemente do objeto social das empresas envolvidas**, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.” – sem grifos no original

Impende salientar que essa sempre foi a minha compreensão acerca da matéria. Sempre defendi que, ante a inexistência de lei prevendo a distinção entre atividade precípua e atividade acessória, era possível a terceirização de qualquer tipo de atividade empresarial, desde que resguardados os direitos dos trabalhadores.

Penso que a autorização para a terceirização encontra amparo no princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170 da Constituição Federal, à luz do qual as sociedades empresárias estariam autorizadas a escolher o modelo organizacional mais adequado às suas necessidades frente ao mercado.

É bem verdade que o supracitado princípio encontra limites na própria Constituição Federal, já que a terceirização não poderá configurar afronta à garantia da dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho.

Ocorre que essa divisão criada pela jurisprudência não é a melhor maneira de amparar o trabalhador e preservar as referidas garantias constitucionais, porquanto gera insegurança jurídica, ante a dificuldade de se identificar, em determinadas hipóteses, se o serviço terceirizado estaria inserido, ou não, na atividade precípua da tomadora.

Nessa perspectiva, a partir de 30.8.2018, em razão da natureza vinculante das decisões proferidas pelo excelso Supremo Tribunal Federal nos aludidos feitos, deve ser reconhecida a licitude das terceirizações em qualquer atividade empresarial, de modo que a empresa tomadora apenas poderá ser responsabilizada subsidiariamente.

Na hipótese, o egrégio Tribunal Regional **declarou a ilicitude da terceirização**, em razão de o serviço de *call center* prestado pela reclamante se encontrar diretamente relacionado

à atividade financeira desenvolvida pela empresa tomadora.

Contudo, manteve a improcedência do pedido de vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços formulado pela reclamante, por se tratar de ente da Administração Pública Indireta.

De outro lado, deu parcial provimento ao recurso ordinário da 2ª reclamada para alterar a responsabilidade da Caixa Econômica Federal de solidária para subsidiária.

Verifica-se que, embora o Tribunal Regional não tenha reconhecido o vínculo de emprego diretamente com o tomador de serviços, nem atribuído a este a responsabilidade solidária, decidiu deferir diferenças salariais e outros benefícios próprios da categoria dos bancários, inclusive previstos em normas coletivas.

Percebe-se no acórdão que a isonomia salarial aplicada decorreu do fundamento de que a terceirização foi ilícita e houve fraude à legislação trabalhista. Porém, não se pode admitir o reconhecimento de isonomia salarial pelo fundamento de que a terceirização é ilícita, porque tal motivação já não pode mais subsistir.

Nesse contexto, o Tribunal Regional, ao reconhecer a ilicitude da terceirização, provavelmente aplicou de forma equivocada a Súmula no 331, III.

Com fulcro no artigo 897, § 7º, da CLT, passa esta Turma ao exame do recurso de revista destrancado, no particular.

B) RECURSOS DE REVISTA

1. CONHECIMENTO

1.1. PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade recursal, passo ao exame dos pressupostos intrínsecos.

1.2. PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

1.2.1. SERVIÇO DE “CALL CENTER”. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO.

RAZÕES DE CONHECIMENTO

Em vista da fundamentação lançada sob o tópico A/2.1., julgo demonstrada a contrariedade à Súmula nº 331, III.

Portanto, com fundamento no artigo 896, “a”, da CLT, **conheço** do presente recurso de revista.

2. MÉRITO

2.1. SERVIÇO DE “CALL CENTER”. BANCO. TERCEIRIZAÇÃO. RAZÕES DE PROVIMENTO

Conhecido o recurso por contrariedade à Súmula nº 331, III, **dou-lhe provimento** para, declarando a licitude da terceirização, julgar improcedentes os pedidos da presente reclamação trabalhista, uma vez que toda a condenação havia sido fundamentada no reconhecimento da ilicitude da terceirização.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento ao agravo de instrumento do reclamado para, convertendo-o em recurso de revista, determinar a reautuação

dos autos e a publicação da certidão de julgamento para ciência e intimação das partes e dos interessados de que o julgamento da revista dar-se-á na primeira sessão ordinária subsequente à data da referida publicação, nos termos do artigo 257 do Regimento Interno desta Corte. Por unanimidade, conhecer do recurso de revista, por má aplicação da Súmula nº 331, III, e, no mérito, dar-lhe provimento para, declarando a licitude da terceirização, julgar improcedentes os pedidos da presente reclamação trabalhista, uma vez que toda a condenação havia sido fundamentada no reconhecimento da ilicitude da terceirização.

Brasília, 03 de outubro de 2018.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001).

CAPUTO BASTOS, Ministro Relator.



PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “Juris Tantum” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu *site* na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

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.

