Revista de Direito da ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

RDA | Ano XV | N.º 29 | 360p | Nov 19

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.29, 2019

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: *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 (Niteroi)

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.

Felipe de Vasconcelos Soares Montenegro Mattos

Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP. Especialista em Direito Público pelo Instituto Processus. Professor na graduação e pós graduação.

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
Rogerio 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)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO *11*

PARTE 1 – ARTIGOS

O pedido e as espécies de cumulação no CPC/2015
Vinicius Silva Lemos *15*

Permissões Lotéricas: natureza jurídica de serviço público e contrafação administrativa
Carolina Reis Jatobá Coêlho *61*

Uma análise do controle da discricionariedade administrativa através de dispositivos da Lei nº 13.655/2018
Renila Lacerda Bragagnoli *89*

Inaplicabilidade de licitação à luz da Lei das Estatais: rol exemplificativo ou taxativo?
Alexandre Santos Sampaio *109*

Debêntures de infraestrutura: uma análise sob a ótica do fomento no Estado Regulador
Luciana Najan Silva da Cruz *127*

Do atual cenário da fraude à execução fiscal em caso de alienações sucessivas de bem imóvel
Gustavo Schmidt de Almeida *157*

As consultas dos Tribunais de Contas como precedentes administrativos: uma abordagem a partir da LINDB e do Código de Processo Civil
Jonas Faviero Trindade *185*

Prescrição trabalhista: declaração de ofício
Paulo Henrique Garcia Hermosilla *197*

A problemática da fundamentação nas decisões judiciais perante o Novo Código de Processo Civil (Análise do artigo 489, §1º, IV, NCPC)
Kellen Cardozo de Azeredo *219*

Precedente judicial do STF em repercussão geral no RE 958.252 e suas consequências junto à Justiça do Trabalho no tocante à legalidade na contratação da prestação de

serviço por empresa tomadora de serviço
Rafael Gonçalves de Sena Conceição *247*

Arbitragem, administração pública e empresas públicas: questões controversas
Tânia Rodrigues do Nascimento *265*

A base consolidada da dignidade da pessoa humana - fundamento genuíno no estabelecimento eficaz de uma sociedade justa e pacifica
Meirebele Ferreira da Silva Castro *281*

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal
Programa de Arrendamento Residencial – PAR. Imunidade tributária. Tema 884 da Repercussão Geral *297*

Superior Tribunal de Justiça
Alienação fiduciária de bem imóvel reconhecido como bem de família. Possibilidade. Conduta que fere a ética e a boa-fé *325*

Tribunal Superior do Trabalho
Execução. Agravo de petição. Pretensa ausência de impugnação dos fundamentos da sentença de liquidação. Efeito devolutivo em profundidade. Incidência *333*

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO **355**

APRESENTAÇÃO

A ADVOCEF, como entidade representativa nacional dos advogados da Caixa Econômica Federal, também atua em sintonia de propósitos com outras entidades de vulto nacional.

Em conformidade com seus objetivos estatutários, a entidade busca desenvolver a cultura jurídica, auxiliando na divulgação e no aprimoramento das letras jurídicas.

Com este escopo, apresentamos a 29ª edição da Revista de Direito da ADVOCEF, publicação com 15 anos de existência ininterrupta e de crescimento permanente.

Inicialmente criada com o objetivo de divulgar teses e trabalhos técnicos dos advogados da CAIXA, a Revista passou a acolher, paulatinamente, a produção de uma variada gama de estudiosos do Direito.

Professores, doutores, mestres, advogados públicos e privados, bem como acadêmicos de Direito encontram, nestas páginas, um espaço democrático e singular para a difusão de seus estudos e do pensamento científico.

A edição que se descortina nas próximas páginas traz artigos com os mais variados matizes, agregando conhecimento técnico, temas de interesse geral e, também, um foco concentrado no Direito Público e na Advocacia em Estatais.

Longe da pretensão de reconhecimento como referência, a publicação e a entidade que a patrocina buscam, acima de tudo, a amplificação de boas teses e a oportunização de um debate técnico acurado e que proporcione a constante evolução de homens e mulheres para a melhor aplicação da Ciência do Direito.

Desejamos que a leitura desta edição possa confirmar o atingimento de tais propósitos.

ADVOCEF

Parte 1

ARTIGOS

O pedido e as espécies de cumulação no CPC/2015

Vinicius Silva Lemos
Advogado
Doutor 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
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 trabalho analisa o instituto do pedido inserto na petição inicial, com o intuito de analisar todas as suas características e trazer as definições sobre a possibilidade de cumulação de pedidos em uma só demanda, com a investigação sobre as espécies de cumulação e os desdobramentos pertinentes a essa possibilidade diante da nova sistemática processual brasileira.

Palavras-chave: Pretensão. Petição inicial. Pedido. Cumulação de pedidos.

ABSTRACT

This paper examines the institute of request insert in the initial petition, with the aim of analyzing all their characteristics and bring the settings on the possibility of overlapping of requests in a single demand, with research on the species of cumulation and the developments relevant to this possibility in the face of new Brazilian code procedure.

Keyword: Claim. Initial petition. Request. Overlapping of requests.

Introdução

O exercício da jurisdição depende do igualmente necessário pleito por uma demanda, com um ato postulatório para tanto, o qual finaliza com o pedido específico sobre os limites da jurisdição a ser prestada, este realizado por quem detém interesse processual.

A petição inicial, no processo civil, é este ato postulatório de demanda por jurisdição, com a quebra do princípio da inércia desta e o início da prestação jurisdicional. A petição inicial está regulamentada no art. 319 do CPC e traz consigo uma série de requisitos para que o pleito esteja processualmente apto para o exercício correto da jurisdição.

Dentro da petição inicial, um dos seus requisitos é o pedido, justamente o delimitador do que será pleiteado na jurisdição. O pedido é a consequência final da petição inicial, com o delineamento de qual direito se pretende, qual a prestação jurisdicional e qual obrigação a ser declarada. O pedido é justamente o que vincula à resposta estatal, com a sua procedência ou não.

No entanto, a petição inicial pode conter vários pedidos, justamente pela possibilidade de que as partes, pela existência de uma relação jurídica entre elas, têm uma pluralidade de direitos a terem resolução na ação, com a viabilidade de junção de todos os pedidos em uma só petição inicial, com uma cumulação de pedidos.

O objeto de estudo deste trabalho, mediante uma metodologia dedutiva, através de revisão bibliográfica, é o estudo do pedido e da sua possibilidade de cumulação na nova codificação processual, com o enfrentamento de todos os desdobramentos de cada espécie de cumulação, a sua viabilidade e as novidades legais sobre os institutos.

1 O pedido da demanda

O ato de demandar ao Estado para o exercício da jurisdição será mediante um ato postulatório, o qual deve conter, ao seu final, mediante um desenvolvimento lógico e racional, um pedido do que se almeja. Se o autor deseja uma resposta do Judiciário ao que se postula, evidentemente que esta postulação deve conter um requerimento, uma manifestação expressa, certa, determinada e específica sobre o que se pretende como resposta jurisdicional.

Se o ato postulatório é a petição inicial, este deve conter um pedido, um pleito ao Judiciário para a solução do conflito ou do direito vindicado. O pedido é o cerne da petição inicial[1], é o centro da própria demanda.

O pedido é de suma importância pela sua função na demanda.

Todavia, é importante delinear, primeiramente, o que não é pedido, mediante a relação que este tem com outros institutos e que podem, a princípio, confundir-se com a conceituação do pedido. Ao mencionar essa dificuldade na definição do que será exatamente o pedido, Machado expõe que o pedido tende a relacionar-se com diversos outros institutos, guardando semelhança e influência, por vezes até intersecção, porém sem a possibilidade de ser sinônimo destes, os quais cita que pedido não é: "(i) conteúdo da demanda; (ii) pretensão processual; (iii) objeto litigioso do processo; e (iv) mérito. No entanto, o pedido – embora conexo a estes conceitos – não se identifica com eles[2]."

Diante dessa visão, em relação à citação anterior, o pedido não é sinônimo de nenhum dos brocardos ou institutos mencionados – demanda, pretensão, objeto litigioso ou mérito, contudo relaciona-se com todos, por todos terem alguma interligação ou influência sobre a construção do pedido, mas, evidentemente, não são sinônimos de pedido, tampouco podem ser confundidos como este instituto.

Sobre o pedido e a demanda, o pedido não pode ser a demanda, pura e simplesmente, pelo fato de que esta é o próprio ato de demandar em juízo, em um aspecto maior do que o próprio pedido, com elementos ainda maiores do que o pedido. A demanda tem outros elementos, sejam processuais, sejam materiais, os quais não correspondem ao pedido, apesar de se relacionarem com o pedido.

---

1 Ou o núcleo da petição inicial: DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17ª ed. Salvador.: Juspodivm, 2015, p. 599.

2 Mas, há uma dificuldade na definição do que será exatamente o pedido. Machado expõe que o pedido tende-se a relacionar com diversos outros institutos, guardando semelhança e influência, por vezes até intersecção, porém sem a possibilidade de ser sinônimo destes, os quais cita que pedido não é: "(i) conteúdo da demanda; (ii) pretensão processual; (iii) objeto litigioso do processo; e (iv) mérito. No entanto, o pedido – embora conexo a estes conceitos – não se identifica com eles." MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência.** São Paulo, SP, 2015. p. 337. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 68.

Já sobre pedido e pretensão, igualmente não se pode entender o pedido como pretensão pela própria ambiguidade do significado do brocardo pretensão, ora material[3], ora processual[4]. Existe uma diferenciação entre as pretensões e os planos de sua concepção. Por mais que a palavra seja a mesma, pretensão no direito material tem um significado diferente do plano pro-

[3] Windscheid foi o responsável por teorizar a separação das pretensões: do direito material e do direito processual. Há, então, uma diferenciação clara sobre o que se pretende mediante o direito material e o que se pretende enquanto consecução do direito processual. Quando há uma relação jurídica de direito material entre indivíduos, há um direito subjetivo entre as partes, mesmo que estejam em posições equivalentes, cada qual tem uma vantagem em detrimento do outro, como uma compra e venda, cada qual com sua obrigação. A pretensão material separada na concepção de Windscheid necessita, evidentemente, de um direito violado, sobre o qual, a partir da relação anterior de direito material, nasce o direito de pretender, contudo, ainda no plano material. Ou seja, não é o próprio direito material que enseja o direito de pretensão, mas a conjunção entre a relação jurídica e o direito violado. Para que exista o direito material, não há necessidade de vantagem entre as partes; já a pretensão há, uma vez que uma delas teve o direito violado e, a partir daí, pode pretender a exigência do cumprimento do direito material. A pretensão material é um direito facultativo, já que o indivíduo que a detém pode não utilizá-la, não exercê-la. Dessa maneira, Windscheid isola a pretensão do direito material com a pretensão do direito processual. Para a exemplificação desse contexto: "estritamente analisada a construção de Windscheid, não é a pretensão isolada, mas a pretensão em conjunto com o correspondente direito subjetivo, que são correlativos da situação subjectiva estatuída pelo comando legal. A pretensão é apenas a competência jurídica (*rechliche Zuständigkeit*) de exigir uma determinada conduta doutrem. Assim, a pretensão restringe-se à faculdade de exigir uma acção ou omissão, mas não é ela mesma um comportamento permitido pela ordem jurídica e reflexamente imposto ao sujeito vinculado. A pretensão é uma faculdade legal, embora não compreenda todos os poderes inerentes ao direito subjectivo (não abrange, por exemplo, o poder de disposição do direito); é somente uma expressão do exercício do direito subjetivo e, consequentemente, uma emanação da relatividade subjectiva desse direito como efeito reflexo de um imperativo legal." SOUSA, Miguel Teixeira de. **O concurso de títulos de aquisição da prestação**. Coimbra: Almedina, 1988. p. 27.

[4] Sobre a pretensão no plano processual, na visão de Pontes de Miranda, uma vez isolada do direito material, dela independente, tendo em vista que o exercício dessa busca pela tutela jurídica necessita de uma resposta do Estado. A pretensão processual não necessita da existência do próprio direito material, até pela possibilidade da improcedência, o que gera a inviabilidade do direito material. "Primeiro, a pretensão à tutela jurídica existe antes de ser exercida, como toda pretensão. Segundo, a pretensão à tutela jurídica por parte do demandado existe, ainda que não se exerça, porque *iura novit curia*. O Estado, pelo órgão judicial, tem o dever e a

cessual, com relações diferentes resultando em conceituações diversas, justamente por serem diferentes[5].

Se a própria expressão pretensão não tem facilidade em sua correta e definida utilização, pela diferenciação entre os planos, a relação entre pedido e pretensão se torna existente, claramente, contudo sem ser um sinônimo, uma vez que tem funções diferentes.

A pretensão no plano material é relacional[6] com o direito de ação material subjetivo[7], dada a necessidade de que exista uma relação entre indivíduos, ainda que seja uma a partir de um evento – como um acidente, por exemplo – e mediante a violação deste direito existente pela relação, a partir daí, com a

---

obrigação de "aplicar" (usar aspinhas) o direito, e, pois, de atender ao pedido. A sentença pode ser favorável ou não. Quer o seja, quer o não seja, com ela cumpre o Estado o dever de entregar a prestação jurisdicional, a que corresponde o direito e a pretensão à tutela jurídica, e a obrigação de entregá-la, que se estabeleceu com o exercício da pretensão à tutela jurídica e, pois, com o nascimento da pretensão processual." PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro, Borsoi, 1970. p. 242. Sobre a confusão entre as pretensões: "Os leigos estranham que o "sem ação"(usar aspinhas) vá a juízo e tenha direito a ter sentenciado o feito, isto é, direito à sentença. No fundo, confundem a "pretensão de direito material" (idem) e a ação com a pretensão e o exercício da "pretensão à tutela jurídica." (aspinhas/fecha aspas e ponto) PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações.** São Paulo: Ed. RT, 1970. p. 102.

5 "Windscheid isolou a pretensão e distinguiu a *actio* do direito material da forma processualizada e, ao nominar de *anspruch* a possibilidade de perseguir a satisfação de um direito ofendido, acaba por transpor a pretensão processual para o campo do direito material." DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. **Portal Jurídico Investidura,** Florianópolis/SC, 17 Dez. 1995. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/resumos/teoria-constitucional/2145-observacoes-sobre-o-conceito-de-pretensao. Acesso em: 13 Jun. 2019

6 Sobre o aspecto anterior à visão de Windscheid sobre pretensão: "Quando Windscheid elaborou o conceito de pretensão, a doutrina, sob influência de Hegel, concebia o direito subjetivo como dominador, o senhor da vontade; por força desse direito, na verdade 'poder' (= vontade), o indivíduo adquiriria domínio perante outros indivíduos. Pode-se até, invocar concepção (Rosseau) somatória ou vontade geral; o direito subjetivo era entendido como manifestação, a um só tempo, poder da vontade (= Willensmacht) individual." SOBRINHO, Elcio de Cresci. **Objeto litigioso no processo civil.** Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 13.

7 Há uma relação entre o direito material existente entre os indivíduos e a pretensão, contudo não significam o mesmo, pelo fato de que o direito material existente e cumprido, por exemplo, não pode ser exercida pretensão, o que necessita de um ponto a mais nessa relação indivíduos e o

sua exigibilidade do direito material[8]. Esta exigibilidade do direito violado transforma-se em pretensão, justamente por nascer mediante os fatos existentes da relação jurídica entre os indivíduos e a sua violação, possibilitando a sua exigibilidade[9], ainda no plano material, mesmo que não seja exercida essa pretensão, essa possibilidade de exigir do outro indivíduo da relação o cumprimento da obrigação, ainda que somente nesse plano do direito material, totalmente autônomo do direito processual.

Especificadamente no plano do direito material, existente a pretensão, mediante a violação do direito subjetivo entre os indivíduos, não há nenhuma necessidade de que seja exercida pelo seu detentor. Ou seja, pretensão não significa o real ato de pedir, mesmo diante desse plano, mas o nascedouro do direito de fazê-lo.

De igual maneira, mas em sentido diverso, a pretensão no plano processual é o direito do indivíduo em pleitear a jurisdi-

---

direito material. Machado utiliza a prescrição para delinear essa diferenciação: "A distinção entre pretensão e direito subjetivo fica evidenciada na teoria de Windscheid a respeito da prescrição. Sustenta este que a prescrição extingue a pretensão e transforma o direito subjetivo em direito natural e, desse modo, deixa claro o relacionamento entre o elemento estático (direito subjetivo) e o elemento dinâmico (pretensão)". MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência.** São Paulo, SP, 2015, p. 337. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 44.

8 "(onde terminam essas aspas?)A pretensão é o direito ao crédito, mas a exigibilidade do direito material violado, o que não seria o próprio direito material violado, uma vez que este, por si só, não é exercível. "Assim, nem a pretensão é o direito de crédito – esse é, no seu âmbito específico, um poder de vontade –, nem esse direito subjectivo é a pretensão – esta é a faculdade de exigir o comportamento (activo ou omissivo) correlativo daquele direito. Nesta construção, a pretensão exprime, portanto, a efectivação de uma das potencialidades do conteúdo daquele direito subjectivo através da exteriorização subjectivamente direccionada do respectivo poder de vontade". SOUSA, Miguel Teixeira de. **O concurso de títulos de aquisição da prestação.** Coimbra: Almedina, 1988. p. 22.

9 Sobre o termo *Anspruch*: "O conceito Windscheid é relevante na medida que o BGB (Código Civil Alemão), § 194, o adotou, definindo pretensão (Anspruch) como poder jurídico de exigir uma ação ou omissão de outrem: ou como (i) faculdade (1ª fase de seu pensamento); ou (ii) competência jurídica (segunda fase de seu pensamento, que abrange os direitos absolutos – pretensões múltiplas – e direitos relativos – pretensões individualizadas)". MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência.** São Paulo, SP, 2015. 337 p. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 44.

ção[10], em ter uma resposta do Estado enquanto poder jurisdicional. O direito de qualquer indivíduo em buscar a tutela jurisdicional é uma pretensão processual, sem qualquer necessidade de que haja um direito material a ser acolhido, apesar de que o que se pretende processual será interligado à invocação de um direito material[11], no entanto, dada a autonomia entre o direito material e o processual, não há vinculação entre a pretensão processual e o direito pleiteado.

Um indivíduo que peticiona pleiteando uma tutela jurídica realiza um pedido, mas a pretensão, no plano processual, é o próprio direito à jurisdição, ainda que não seja com o resultado que o autor almeja. Mesmo uma sentença improcedente prolatada pelo juízo satisfará a pretensão processual, uma vez que houve a tutela jurídica prestada, uma resposta ao direito do autor em pretender a tutela jurídica, sem guardar relação com o direito material, apesar de este ser invocado como conteúdo pretendido da tutela jurídica.

A pretensão processual está à disposição de qualquer indivíduo que queira exercê-la, ainda que assim não o faça. Ou seja, a pretensão não está, necessariamente, no ato de realizar o pedido, de intentar a ação[12], mas no direito de pretendê-la[13], o direito ao próprio exercício da tutela jurídica, mesmo sem o seu efetivo exercício.

O pedido relaciona-se com a pretensão por ser a expressão deduzida em juízo do plano material, trazendo-a da possibili-

---

10 Pontes de Miranda colocou-se de modo diverso a Windscheid, apesar de próximo. A pretensão, mesmo no direito processual, seria pré-processual e a ação seria o ato de propor, de agir em busca pela tutela jurídica. "Exercer a pretensão é exigir a prestação; propor "ação" (aspinhas) é pedir a tutela jurídica." PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações.** São Paulo: Ed. RT, 1970. p. 86.

11 "A pretensão processual, portanto, representaria a afirmação jurídica apresentada para apreciação judicial e delimitada como objeto processual." MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência.** São Paulo, SP, 2015, p. 337. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 48.

12 Essa diferenciação entre pretensão processual, pretensão de direito público e ação é bem delineada por Pontes de Miranda, apesar de modo diferente de Windscheid: "Há a pretensão (pré-processual) à tutela jurídica, a pretensão de direito material (público) e a "ação" (aspinhas) (remédio jurídico-processual)" PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado das ações**. São Paulo: Ed. RT, 1970, p. 335.

13 Sousa, ao explicar Windscheid, insere a pretensão processual como um "ato de pretender". SOUSA, Miguel Teixeira de. **O concurso de títulos de aquisição da prestação.** Coimbra: Almedina, 1988, p. 82.

dade existente da exigibilidade para o campo intersecional do plano processual, porém sem confundir-se com a própria acepção de pretensão.

Logo, pedido relaciona-se com a pretensão, mas não é a pretensão.

O pedido guarda uma relação primordial com o objeto litigioso do processo, haja vista que é a partir do pedido que este é definido, mas não podem ser confundidos como sinônimos.

O objeto litigioso do processo é o conteúdo do que deve ser apreciado, nos limites do pedido, mas não somente o pedido, afinal, não há como apreciar o pedido sem a devida análise das questões anteriores, sem o devido enfrentamento da narrativa existente na demanda, seja pelo autor na inicial, seja pelo réu em sua defesa.

Por sua vez, o objeto litigioso do processo é a correspondência aos elementos objetivos da demanda, não somente ao pedido, o qual limita o objeto, inserindo paredes máximas decisórias para que não se alcance objeto maior do que se discute e almeja-se no processo, mas não se confunde o pedido com o objeto litigioso do processo, apesar de serem igualmente relacionais. Para que haja um objeto, há um pedido, porém existem as alegações das partes sobre a matéria em juízo, as quais estão igualmente inseridas neste objeto litigioso.

De igual maneira e muito importante é a verificação da relação entre pedido e mérito. Seriam sinônimos? A resposta deve ser negativa. O mérito é a resposta à pretensão do direito material deduzida em juízo através do pedido; entretanto, o pedido tem a interação com a pretensão processual de igual maneira à material, o que importa em dizer que o pedido não pode se confundir, sinonimamente, com o mérito, apesar de influenciar a sua delimitação.

Se o pedido também contém o pleito pela própria providência da prestação jurisdicional, como será delineado na análise do pedido imediato, não pode ser o mérito, mas relaciona-se de modo essencial com o mérito.

Dessa forma, o pedido se relaciona com todos estes institutos[14], sendo importante, talvez até essencial para todos estes; contudo, não é correto afirmar que é correspondente ou exatamente a mesma coisa ou significado destes institutos relacionados ao pedido.

---

[14] Por todas as comparações: MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência.** São Paulo, SP, 2015. 337 p. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 68.

O pedido é um elemento da demanda, realizado de maneira formal, nos ditames da normalidade processual – arts. 322 a 329 do CPC – orbitando em dois planos, primeiro o plano decisório do Estado para a heterocomposição e o segundo, que o conteúdo da decisão seja correspondente à existência de um direito material favorável ao demandante. O normal é que um pedido seja realizado na petição inicial pelo autor, definindo, portanto, os limites do que se pretende na prestação jurisdicional, mas é possível também a ampliação do que discute na demanda mediante os pedidos possíveis de serem realizados pelo réu[15], seja como reconvenção[16], seja nas hipóteses de possibilidade de pedido contraposto[17].

O pedido é a eficácia que se almeja da própria atividade jurisdicional[18], seja no plano processual de ter uma decisão de mérito, seja no plano material de ter uma decisão de mérito favorável ao autor.

---

15 "Quando é o réu que amplia o objeto da demanda, ele é posterior. Essa ampliação pode-se dar por meio da denunciação da lide, do chamamento ao processo, da reconvenção, do pedido contraposto, da ação declaratória incidental etc." NOGUEIRA, Gláucia Assalin. **O julgamento parcial: possibilidade de cisão do julgamento de mérito relativamente à parte incontroversa da demanda.** São Paulo, SP, 2009. 191 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 83.

16 Conceituação reconvenção e enquadrando-a como resposta do réu: "A reconvenção, na verdade, não é defesa, mas contra-ataque do réu, por meio da propositura de uma outra ação contra o autor, dentro do mesmo processo." THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil. Vol. I, 59. ed. 2018* [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/

17 Sobre o pedido contraposto e a sua existência no direito brasileiro: "Pedido contraposto e reconvenção são demandas que podem ser formuladas pelo réu na mesma peça em que apresenta a sua defesa. Nesse ponto, não se distinguem. No direito brasileiro, porém, o pedido contraposto apresenta-se como uma demanda mais simplificada do que a reconvenção. Uma é a sua característica peculiar: há restrição legal quanto à sua amplitude (nos juizados Especiais, deve ficar restrito aos "fatos da causa" (aspinhas); nas possessórias, admite-se apenas o pedido de indenização)". DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: Juspodivm., 2015. p. 674.

18 "O *petitum* é o que se pede, não o fundamento ou a razão de pedir, a *causa petendi*. É o objeto imediato e mediato da demanda. Aí está o motivo da discórdia, que o juiz vai desfazer, declarando quem está com a verdade.'' PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 34.

Dessa maneira, a demanda, diante de seus elementos, além de partes, necessita de uma narrativa fática e de uma consequência lógica delimitadora do que se almeja, o pedido. O autor, diante da demanda, precisa delimitar, após indicar a outra parte e fundamentar uma narrativa fático-jurídica, um pedido, com a total influência sobre o conteúdo do que se julgará, demonstrando sua pretensão, determinando o objeto litigioso do processo (SANCHES, 1979, p. 45) e o mérito do processo.

Afinal, a demanda somente existe para que o autor peça uma providência jurisdicional ao Judiciário. O pedido é uma manifestação de vontade do autor – ou do réu na reconvenção ou pedido contraposto – mediante a descrição fático-jurídica em se obter uma resposta jurisdicional com um conteúdo específico[19].

Logo, esse pedido, junto com os outros elementos da ação – partes e causa de pedir, molda parcela do conteúdo e o objeto do processo, a limitação cognitiva pela qual as partes se debruçarão para a discussão sobre as questões de fato e os fundamentos do direito subjetivo[20], diante do que deve ser respondido, jurisdicionalmente, como acolhido ou não.

---

[19] Conceituações no sentido do pedido como postulação a um órgão julgador: "O pedido consiste naquilo que, em virtude da causa de pedir, postula-se ao órgão julgador. O autor postula em juízo basicamente o emprego de uma técnica processual que permita a prestação da tutela de direito". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigos 294 a 333. **Coleção comentários ao Código de Processo Civil.** (orgs) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. São Paulo: RT, 2016, p. 364. "Pode-se defini-lo, de maneira simples, como aquilo que se pleiteia ao Poder Judiciário. A demanda levada pelo autor ao órgão jurisdicional traz fatos e fundamentos jurídicos que procuram ver acolhida uma determinada pretensão." RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **A modificação objetiva da demanda no processo civil.** 2013, f. 334. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, p. 64. "a solicitação de um ato de poder do Estado-juiz apto a trazer uma alteração da realidade favorável ao demandante." MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência.** São Paulo, SP, 2015, p. 337. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 68.

[20] "Quando, controvertido pelo litígio, o autor deduz um direito subjetivo em juízo – vez que enfrenta o óbice indiscutível de seu agir privado se encontrar sob reserva e veto –, perante o réu, ele vem à apreciação judicial em estado bem diverso daquele, ideal, que o caracteriza na realização pacífica e direta." ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações.** 4. ed. São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 233.

Não pode haver prestação jurisdicional de modo diverso do que foi pedido, nem além, aquém ou diferente, uma vez que exprime a pretensão da prestação jurisdicional e de um resultado do autor em juízo. A função do juízo, ao final do processo e de toda a instrução, é responder se acolherá, ou não, o pedido, integralmente ou somente em parte, respondendo tanto processualmente quanto material naquela demanda.

2 A cumulação e o processo objetivamente complexo

Todos os elementos da demanda podem ser múltiplos, trazendo uma complexidade à própria, com uma pluralidade de partes, causas de pedir ou pedidos. Já foram devidamente enfrentados os assuntos sobre essa ocorrência na causa de pedir e as suas consequências para o processo e os outros elementos.

A cumulação não será somente das partes ou dos pedidos, mas será de ações diversas existentes na mesma demanda.

O motivo de existência da cumulação é a própria pluralidade de ações[21] entre as mesmas partes, o que leva a um interesse de que haja a reunião de todas em uma só, seja para que as decisões proferidas sejam coerentes, seja para uma economia processual (GRECO, 2015, p. 200; ARMELIN, 2008, p. 280).

A cumulação tem o intuito de, através de um mesmo processo e procedimento, resolver vários conflitos de interesse, com ou sem a mesma causa de pedir. A economia processual é evidente e notória, dada a possibilidade de utilizar-se de mesmos atos processuais, mesmas citações e intimações, instrução probatória,

[21] A cumulação de pedidos é uma cumulação de ações, pelo fato de que diversas ações existentes serão anexadas para um só processo. No entanto, é importante diferenciar cumulação de ações e concurso de ações, tendo em vista que a cumulação seria a possibilidade de serem concomitantes e julgadas ao mesmo tempo, já no concurso de ações, uma vez que se ajuíza uma das ações, com uma determinada pretensão, outra ação não será possível, por ser incompatível. Ambos fazem parte da cumulação de pedidos, sendo classificados os primeiros como próprios e os posteriores como impróprios. De outro modo, Carreira Alvim entende de maneira diversa que cumulação de ações seriam as ações em separado sendo juntas numa só demanda, e cumulação de pedidos, aquela em que não haveria a compatibilidade: "haverá cumulação de ações sempre que permitida a propositura de duas ou mais ações em separado, vierem a ser, por conveniência da parte, ajuizadas conjuntamente, num único processo. (...) Haverá, no entanto, cumulação de pedidos sempre que, proposta uma das ações, não possa outra vir a ser ajuizada, por falta de objeto". CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Cumulação de pedidos, cumulação de ações e concurso de ações. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, v. 28, p. 58-65, 2005, p. 60.

atos decisórios e tudo mais. É a redução, em regra, de várias demandas em somente uma sentença a ser prolatada, porém esta terá um conteúdo plúrimo, com a existência de várias decisões internamente.

Outra qualidade da cumulação está em evitar a prolação de decisões contraditórias sobre os mesmos fatos. Uma vez cumulados vários pedidos ou relações entre várias partes sobre pontos fáticos idênticos, ao proporcionar que somente um juízo conheça daqueles fatos, naturalmente, esta cognição valerá para julgar todos os pedidos e relações jurídicas existentes naquele processo, não contendo contradição na decisão a ser exarada, pela sua própria construção da narrativa fática decisória.

Um só processo para resolver diversas pretensões que poderiam multiplicar-se em tantas outras é uma economia para o Judiciário e, também, para as partes. Da mesma forma, é o impacto da harmonia entre as decisões, tanto para as partes quanto para o Judiciário, é pertinente que as decisões sejam construídas de maneira idêntica para as situações que impactam as mesmas partes, com causa de pedir idênticas ou interseccionais e, por vezes, pedido idêntico[22]. Tanto na existência de pluralidade de pedidos quanto na pluralidade de partes, há uma economia processual e uma harmonização dos conteúdos das decisões sobre os fatos.

Mesmo diante dessas vantagens para as partes e para o Judiciário, a demanda se torna mais complexa, impactando essa complexidade no seu conteúdo, no objeto do processo, no objeto litigioso, na pretensão e no mérito, cada qual com a multiplicação e acréscimos materiais, com mais capítulos formais e materiais a serem analisados.

A cumulação pode ocorrer já no momento da petição inicial (DINAMARCO, 2008, p. 64) com a indicação da sua complexidade diante de pedidos diferentes ou a formação de litisconsórcio – tanto ativo quanto passivo; ou, em momento ulterior (DINAMARCO, 2008, p. 67), seja pela atitude do réu em ampliar

[22] Sobre a harmonia de julgamentos sobre os mesmos pontos que possibilitaram a cumulação: "Esta necessidade – ao menos inicial – de julgamento simultâneo é decorrência de outro importante fundamento ligado à cumulação de demandas: a harmonia entre julgados. Busca-se evitar a prolação de decisões judiciais contraditórias acerca de pedidos conexos, situação que gera sentimento de injustiça e, consequentemente, de descrédito do Poder Judiciário". OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. **Julgamento fracionado do mérito e implicações no sistema recursal.** São Paulo, SP, 2013, p. 256. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito, p. 90.

a demanda, em eventual reconvenção, com novos pedidos e partes, ou requerendo a intervenção de terceiros.

Diante disso, a demanda passa a ser complexa quando tem mais de uma parte em um dos polos ou mais de um pedido entre partes únicas de cada polo, bem como nas hipóteses anteriores se ocorrer de serem complexas pela pluralidade de partes e de pedidos. Consequencialmente, o procedimento torna-se mais complexo, o conteúdo múltiplo, os pressupostos processuais individualizam em cada parte e pedido, com mais questões e um objeto do processo mais complexo.

Agora é importante enfrentar as duas possibilidades de pluralidade na demanda[23]: *de partes e de pedidos.*

2.1 A cumulação de pedidos

Se o pedido é a delimitação material da demanda e a determinação do objeto litigioso do processo, com a consequência de que o juízo somente pode decidir nestes limites e com vedação à decisão diversa, além ou aquém, o pedido é o cerne do processo, o ponto consequencial do necessário esclarecimento pelas partes sobre os fatos a serem narrados ou, simplesmente, a causa de pedir.

Esse é o normal de uma demanda, um autor, um réu, uma causa de pedir e um pedido.

O CPC/2015, em modo geral e igual aos ordenamentos anteriores, organiza a processualística voltada para uma demanda com um só pedido, afinal, "um único pedido singulariza uma única demanda (TUCCI, 2001, p. 59)." Os institutos e a procedimentalidade comum são imaginados, abstratamente, para resolver uma demanda com um só pedido, o que se denomina de pedido simples. Obviamente que o processo não fecha as portas para mais pedidos, somente não resolve todos os problemas de modo simplificado, permitindo, portanto, uma cumulação de pedidos, mas com uma sempre necessária acomodação procedimental, em graus de menor ou maior complexidade, pela própria economicidade e harmonia nas decisões futuras.

---

23 "Com finalidade puramente didática, a doutrina costuma classificar as diversas espécies de cumulação de ações em função de dois critérios: o primeiro é o critério do elemento diverso nas ações cumuladas. De acordo com esse critério, a cumulação pode ser objetiva, quando o elemento diverso é um dos elementos objetivos da demanda, pedido ou causa de pedir; ou subjetiva, quando o elemento diverso é um ou mais de um dos sujeitos que são partes nas várias demandas." GRECO, Leonardo. Concurso e cumulação de ações. **Revista de Processo.** Vol. 147, Ano 32, p. 11-26, São Paulo: Ed. RT, mai/2007, p. 15.

No entanto, pela quantidade de relações jurídicas e pela complexidade da vida em sociedade e fatos juridicamente relevantes, é normal que uma mesma causa de pedir – seja remota, seja próxima – proporcione diversos direitos entre as diferentes partes, com a possibilidade de haver uma pluralidade entre danos ou controvérsias jurídicas entre estas e, assim, será cabível uma pluralidade de demandas entre as mesmas partes.

Se é cabível, em uma mesma causa de pedir entre aquelas partes, mais de uma ação, o art. 327 autoriza a cumulação de pedidos em uma mesma ação. A cumulação de pedidos possibilita ao autor em um só processo pleitear uma série de pretensões – tanto processuais quanto materiais, sem a necessidade de ajuizamento de diversas ações entre as mesmas partes, permitindo a reunião de todas em uma só demanda, com a concentração de atos[24] e economia processual[25].

Mas, também, é possível que se faça a cumulação de pedidos pelo autor sobre pontos materiais que não tenham conexão entre si, ou seja, com causa de pedir totalmente diversa, como uma cumulação de ações totalmente diferentes, contudo com as mesmas partes no processo. Nessa hipótese, serão as mesmas partes com pedidos diversos, o que torna uma cumulação de ações diversas com causas de pedir igualmente diferentes e não somente de pedidos dentro de uma mesma causa de pedir.

Essa economia processual com a cumulação de várias demandas ou ações em uma só, de vários pedidos conjuntamente, torna mais fácil e célere o decorrer processual como um todo, contudo amplia objetivamente o processo[26], tornando-o mais complexo, no geral.

Em um primeiro momento, pode parecer que o processo ficará mais moroso ou com um andar mais delineado em minúcias e atrasos, com parcial razão, porém deve-se imaginar em cada demanda caso fosse autônoma, e seus consequentes procedimen-

---

24 Em uma demanda individual e simples, objetivamente, será somente uma citação, um juízo, uma instrução e uma sentença, em regra.

25 "em decorrência do princípio da economia processual, uma vez que o autor que possui mais de uma pretensão contra o mesmo réu, poderá cumular num único processo todos os pedidos, ao invés de ajuizar uma ação para cada um deles" ARRUDA, Paulo Gonçalves de. A sentença parcial vista pelos Tribunais e o reflexo do fracionamento do mérito no anteprojeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** Vol. 222, Ano 38, p. 257-292, São Paulo: Ed. RT, ago/2013, p. 266.

26 "a estrutura da demanda fica ampliada e, de igual modo, ampliados os limites do provimento jurisdicional possível." DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** Vol. II 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135.

tos apartados seriam com prazos e trâmites diferentes, o que geraria mais trabalho e uma ineficiência em resolver todos os pontos conjuntamente, o que permite a visão de que em uma cumulação de pedidos, mesmo que haja atrasos, no todo, proporciona uma economia processual e uma melhoria na prestação jurisdicional pela coerência e integridade do que se decide.

Para que seja possível a cumulação de pedidos, necessita-se do cumprimento de requisitos autorizantes para tanto. O art. 327, § 1º do CPC delineia que são requisitos de admissibilidade da cumulação que: *(i) os pedidos sejam compatíveis entre si*[27]*; (ii) seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; (iii) seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento*.

O primeiro requisito é a compatibilidade entre os pedidos a serem realizados. Estes devem ter a possibilidade de coexistência na demanda, sem a impossibilidade de que possam ser pleiteados conjuntamente. Um exemplo seria o pedido de anulação de um contrato, com outro de cobrança de uma cláusula do próprio contrato. Se todos os pedidos foram cumulados de modo próprio e simples, com o intuito de que se analisem todos os pedidos, logicamente estes são incompatíveis e, dessa maneira, não podem continuar a coexistirem.

Em uma hipótese em que não houver a compatibilidade, o juízo deve intimar o autor a realizar a escolha sobre qual pedido almeja a continuidade. Excepcionalmente, em cumulação subsidiária ou alternativa, os pedidos podem ser incompatíveis, até pelo fato de que estes não devem ser apreciados ao mesmo tempo, mas subsidiária ou alternativamente, dispensando a compatibilidade como requisito.

O próximo requisito é a necessidade de que a competência seja a mesma para todos os pedidos. A cumulação somente pode

[27] A necessidade de que seja somente um procedimento é para a cumulação em que se deseja que todos os pedidos sejam julgados, no entanto, na cumulação imprópria, o intuito será de que não sejam julgados todos os pedidos, o que permite que haja pedidos que sejam incompatíveis, pelo fato de que não se almeja o julgamento integral de ambos: "Por isso mesmo, aparece o art. 326 para explicar que, quando o autor sinalizar uma ordem prioritária de apreciação de demandas incompatíveis, não estará incorrendo no tipo do referido inciso, mas, em seu lugar, indicando ao magistrado que se satisfará, ainda que não integralmente, com outra(s) possibilidade(s) de acesso à tutela jurisdicional, que não aquela necessariamente indicada como primeira opção." EXPÓSITO, Gabriela; LIMA, Bernardo. Comentário ao art. 327. **Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770).** Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017, p. 37.

existir, ser válida e possível se o juízo detiver todas as competências para julgar cada qual dos pedidos, seja material, territorial ou em razão das pessoas em juízo.

O primordial é que o juízo seja competente para o conhecimento da matéria e para julgar as pessoas em juízo; entretanto, sobre a territorialidade, se o autor optar pela cumulação de pedidos em que o juízo não tem esta competência[28], não há a impossibilidade inicial de se cumular, somente possibilitando de que o réu alegue em contestação a incompetência relativa para aquele pedido, o que faria a necessidade de desmembramento daquele pedido para remessa ao juízo competente.

Por outro lado, se silente o réu na contestação, ocorrerá a prorrogação da competência[29] quanto ao pedido que o juízo não detinha a competência territorial relativa, com a possibilidade de julgamento também desse pedido e, consequentemente, o cumprimento desse requisito.

Não é concebível uma cumulação em que o juízo seja possível, por causa de competências diversas, de julgar somente um deles e que não seja para o outro.

Em uma situação processual dessa, não há como continuar com a cumulação, com a necessidade de opção da mantença do pedido que o juízo detém a competência e o desmembramento do outro para a remessa ao juízo competente.

O último dos requisitos é a necessidade de que todos os pedidos sejam adequados para o mesmo tipo de procedimen-

---

[28] Se a diferença sobre a competência for somente sobre a territorial, não há, inicialmente, uma incompetência para a cumulação, com a dependência sobre a manifestação do réu sobre a incompetência relativa, a qual, caso não seja alegada, prorrogará a competência para aquele juízo sobre o pedido cumulado: "Já em se tratando de incompetência em razão do território ou valor da causa (relativa), caso o réu não se oponha, o juiz não deverá repelir de ofício a cumulação, prorrogando-se a competência em relação a todos os pedidos." THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Manual de direito processual civil.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 266.

[29] Sobre prorrogação de competência: "Competência é a 'quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos', ou seja: a esfera dentro da qual todos os processos lhe pertencem. Essa esfera é determinada por outras regras, não pelas que acabamos de ver. A prorrogação, ao contrário, determina a modificação, em concreto, na esfera de competência de um órgão (isto é, com referência a determinado processo): trata-se, assim, de uma modificação da competência já determinada segundo outros critérios." CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 206.

to[30]. Esse requisito foi mantido no CPC/2015 de modo quase que inadequado. O requisito prima para que todos os pedidos detenham o mesmo procedimento, justamente para que haja a possibilidade de cumulação[31].

No ordenamento anterior, era mais razoável tal requisito, pela existência de um rito sumário e um rito ordinário dentro do procedimento comum, além da existência de procedimentos especiais. Todavia, no CPC/2015 somente existe procedimento comum e especial[32] sem a bipartição que existia no procedimento comum.

Dessa feita, esse requisito funciona como um meio para que o procedimento especial não seja atrapalhado pelo procedimento comum, em uma espécie de impossibilidade de cumulação e da manutenção da especialidade. Mas, sobre o que ocorria entre o sumário e o ordinário, não há mais nada que impacte, pelo fato de que o sumário não mais existe no ordenamento.

Há uma preocupação mútua nessa ressalva de possível incompatibilidade entre os pedidos de procedimentos diversos. A cautela persiste em uma visão de mão dupla, tanto o procedimento comum de determinado pedido não tornando inefi-

---

30 O mesmo ocorre na execução, com a possibilidade de cumulação de execuções, desde que tenham o mesmo procedimento. O art. 780 do CPC dispõe o seguinte: Art. 780. O exequente pode cumular várias execuções, ainda que fundadas em títulos diferentes, quando o executado for o mesmo e desde que para todas elas seja competente o mesmo juízo e idêntico o procedimento.

31 Sobre não ter esse requisito quando se falar de cumulação imprópria: "Contudo, sinalizando a parte que deseja submeter a apreciação de pedidos incompatíveis por ordem subsidiária ou por alternatividade, conforme autoriza o Art. 326, nenhuma hipótese de indeferimento da inicial será observada". EXPÓSITO, Gabriela; LIMA, Bernardo. Comentário ao art. 327. **Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770).** Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017, p. 38.

32 Marcato explica a diferenciação que permeia a necessidade de existência de procedimentos especiais: "Os procedimentos especiais diferenciam-se do ordinário com maior ou menor intensidade, sendo bastante freqüente, aliás, que em alguns deles aquele rito passe a vigorar a partir de um determinado momento, até o provimento final. Por isso mesmo, há procedimentos especiais que diferem do ordinário apenas pelo acréscimo de um ato inicial (v.g., ações possessórias), outros são inicialmente especiais, mas conversíveis ao rito ordinário (v.g., ação de depósito), outros também são inicialmente especiais, convertendo-se, após, ao rito das ações cautelares (v.g., ação de nunciação de obra nova), e outros há, finalmente, irredutivelmente especiais (v.g., o inventário)." MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais.** São Paulo, 1997, p. 37-38.

caz um procedimento especial quanto ao inverso, com a especialidade ser tamanha que inviabilize o procedimento comum[33].

Diante de tal requisito, se a parte propuser uma demanda pelo procedimento especial, para que continue por esse rito, não poderia continuar com a cumulação de pedido que fosse pelo procedimento comum; contudo, a recíproca não seria verdadeira, com a possibilidade de que o procedimento comum acatasse pedidos que podem ser realizados via especiais, ao menos em regra. Essa já era a posição do ordenamento anterior e manteve-se no atual, na dicção de parte do art. 327, § 2º do CPC, quando houver a cumulação de um pedido naturalmente de procedimento comum com outro que seja de procedimento especial, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum para ambos.

A amplitude cognitiva, a possibilidade de ampla defesa, com mais prazos e instrução probatória, permitem que o procedimento comum suporte pedidos que são de procedimentos especiais, apesar de que isso pode representar uma perda ao autor, justamente que realiza essa opção. Há, de certa maneira, uma opção do autor pela procedimentalidade comum e um transcurso temporal maior, teoricamente.

No entanto, o art. 327, § 2º do CPC representa uma quebra ou ruptura do requisito sobre a incompatibilidade[34]. A inteire-

---

33 "Só não será possível, então, esta cumulação quando as técnicas diferenciadas forem realmente incompatíveis com o procedimento comum, e seu uso desnaturaria o procedimento especial por completo (como se daria, por exemplo, em algum caso em que se quisesse cumular uma demanda de inventário e partilha com outra de investigação de paternidade, a qual segue o procedimento comum, pois isto desnaturaria completamente o procedimento especial do inventário e partilha)." CÂMARA. Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro. 4ª ed*. Atlas, 2018. [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014426/

34 No tocante a procedimentos diversos, o art. 327, § 2º do CPC traz uma outra concepção ao requisito da compatibilidade de procedimentos, com a viabilidade de flexibilizar o comum para adequar técnicas especiais. "Contudo, o § 2º prevê que, se adotado o procedimento comum, poderá haver cumulação (de?) pedidos de diversos ritos, pois, quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum." THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Manual de direito processual civil.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 266.

za de sua dicção é completada pela possibilidade de seguir o procedimento comum, mesmo com pedido atinente a procedimento especial, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, desde que não sejam incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Esse ponto é novel no ordenamento e permite uma interpretação dialógica mais ampla para esse requisito, uma espécie de adaptabilidade maior pelo procedimento comum das especialidades dos procedimentos específicos. Uma vez proposta uma demanda em que houver cumulação entre pedidos de procedimentos diversos – comum e especial, observar-se-á, para todos os pedidos, o procedimento comum[35], adaptando o pedido com procedimento especial para a generalidade, com a devida inclusão, para o pedido especial, das técnicas diferenciadas e peculiares daquele procedimento, continuando possíveis e pertinentes para aquela demanda.

Ou seja, há um total diálogo entre os procedimentos, com a possibilidade de utilizar os pontos específicos inerentes ao pro-

[35] Ainda no ordenamento passado, Barbosa Moreira realizava uma ressalva quanto ao procedimento sobre a escolha sobre os pedidos e tal compatibilização, sugerindo várias hipóteses e, no final, possibilitando todos os pedidos pelo rito ordinário. No CPC/2015, não há o rito ordinário, dada a desnecessidade de diferenciação com o sumário, existindo, portanto, o comum, o que seria o equivalente ao ordinário citado por Barbosa Moreira: "A falta de requisito de compatibilidade entre os pedidos (quando exigível) acarreta o indeferimento da petição inicial, por inepta. (...) Quanto à adequação do procedimento, convém distinguir três hipóteses: a) o autor pretende cumular pedidos para os quais indica, corretamente, ritos diversos (erro concernente à cumulabilidade, não à indicação dos procedimentos adequados): é inviável o processo conjunto, mas a inicial pode ser deferida em relação a um dos pedidos, restando ao autor – a quem se deve abrir a oportunidade de manifestar-se – destacar o outro para o processamento em separado (...) b) o autor pretende cumular pedidos a que deveriam corresponder ritos diversos, indicando para todos, entretanto, o mesmo rito não-ordinário (erro concernente à indicação de procedimentos adequados): a cumulação é inadmissível (...), cumprindo ao juiz indeferir a inicial no tocante aos pedidos a que corresponda rito diferente do indicado pelo autor (...), a menos que este concorde, sendo possível, em vê-los processos todos pelo rito ordinário (...); c) o autor pretende cumular pedidos a que corresponderiam ritos diversos, indicando para todos o ordinário: se nenhum pedido for com este incompatível, admitir-se-á a cumulação; relativamente ao que o for, será indeferida a inicial." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 17-18.

cedimento especial trazendo-os para o procedimento comum, adaptando para aquele pedido em específico[36].

De certo modo, o art. 327, § 2º do CPC redimensiona o requisito da compatibilidade procedimental para a cumulação, com a sua manutenção legal, mas com total liberdade de adaptabilidade.

A princípio, pode parecer que a conexão[37] fosse necessária para que houvesse a cumulação de pedidos; no entanto, o *caput* do art. 327 do CPC finaliza com a positivação sobre a desnecessidade de conexão entre os pedidos.

Não há, portanto, nenhuma necessidade de que os pedidos sejam conexos, se forem sobre as mesmas partes, com o intuito de solucionar-se o que existir de matérias e conflitos entre as mesmas, será lícita a cumulação, obviamente que atentando-se ao preenchimento dos outros requisitos para a cumulação.

2.1.1 As espécies de cumulação de pedidos

A possibilidade de que os pedidos sejam cumulados passa pela economicidade das demandas ou ações e da própria prestação jurisdicional guardar harmonia decisória, porém, apesar de toda essa abertura para tanto, as cumulações de pedidos não serão sempre as mesmas, dependendo das espécies de pedidos a serem realizados, das relações jurídicas narradas e do modo que sejam realizados, o que importa, consequentemente, que as cumulações sejam também de maneiras diferentes.

---

36 Essa compatibilização excepcional dos procedimentos, trazendo o comum como base e certas peculiaridades do especial, no entanto essa tentativa não deve ocasionar nenhuma prejudicialidade: "Caso se cumulem pedidos que devam tramitar por procedimentos diversos, devem ambos tramitar pelo procedimento comum. Muitos dos procedimentos especiais o são apenas em sua fase inicial, ou em relação a alguma peculiaridade, e seguem, em sua maior parte, o procedimento comum (p.ex., quanto às ações possessórias, art. 566 do CPC/2015). Assim, não se afasta a observância de técnicas processuais específicas, previstas em procedimentos especiais, desde que compatíveis com o procedimento comum (cf. § 2.º do art. 327 do CPC/2015). É o que pode ocorrer, quando cumulam-se pedido de consignação em pagamento e de revisão de cláusulas contratuais (cf. STJ, REsp 464.439/GO, 3ª T., j. 15.05.2003, rel. Min. Nancy Andrighi)." MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 335.

37 A conexão não é necessária, contudo, se houver conexão, mais fácil a própria construção da cumulação. Sobre conexão e tríplice identidade: ARAGÃO, E. D. Moniz de. Conexão e tríplice identidade. **Revista de Processo**. Vol. 29, Ano 8, p. 50-57, São Paulo: Ed. RT, Jan/Mar/1983.

Desse modo, haverá cumulação *própria* e *imprópria*[38], as quais serão enfrentadas uma a uma a seguir.

2.1.1.1 A cumulação própria

A cumulação própria existe pela intenção do autor em cumular pedidos na demanda com o objetivo de que todos sejam analisados pelo juízo, mediante o devido pronunciamento judicial. Ou seja, o autor cumula os pedidos com o intuito de que sua totalidade seja devidamente apreciada, sendo todos os pedidos devidamente componentes daquela lide.

É uma autêntica cumulação de ações e de demandas, com a busca pelo autor de que todos os pedidos sejam acolhidos ao mesmo tempo, sem excluir um pedido pelo julgamento do outro. Persiste, portanto, uma autonomia entre os pedidos realizados e cumulados.

A cumulação própria divide-se em *simples* e *sucessiva*.

Cabe, então, a análise das espécies dessa divisão.

2.1.1.1.1 Cumulação simples

A cumulação simples é a realização de dois ou mais pedidos na demanda que guardam total independência entre si, não importando o resultado de um pedido para que se julgue o outro. Não há, portanto, condicionamento entre os pedidos, podendo até um ser de total procedência e outro ser de total improcedência ou qualquer outro resultado.

O ato de cumular as demandas, nesse caso, está na economicidade para todos os atores processuais, mas não há nenhuma necessidade para tanto, uma vez que há total autonomia e independência entre os pontos, com a possibilidade até de propor ações autônomas para cada pedido[39]. Um dos exemplos mais simples e utilizado é o mesmo fato que gera a possibilidade de um pedido de dano material ensejar a cumulação do pedido de dano moral[40]. Há uma notória autonomia e independência, sem

---

38 Assis divide em nomenclatura diversa, nomeando como sentido estrito a simples e sucessiva e sentido amplo a eventual ou subsidiária: ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações.** 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 200.

39 "os pedidos nada têm de comum entre si, a não ser os sujeitos. Poderiam ser formulados em processos autônomos, sem qualquer prejuízo, salvo maior dispêndio de tempo e de dinheiro. O juiz poderá acolher a todos, ou rejeitar a todos, como por igual acolher algum e rejeitar outros." CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. III, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 202.

40 É o que se tem, por exemplo, no caso de o autor formular, com base em um mesmo evento, reparação por danos materiais e morais.

a necessidade de procedência do dano material para que haja o moral e vice-versa.

Nessa espécie, como não há relação entre os pedidos, não existe subordinação, tampouco hierarquia entre estes. Todavia, há de se imaginar dois pontos diferentes sobre a cumulação simples e as relações destes pedidos com a causa de pedir e as questões de fato a serem resolvidas: *dependentes; ou independentes*.

Em um primeiro ponto, pode haver conexão entre os pedidos e as narrativas fáticas, o que impõe uma dificuldade de imaginar uma independência entre as demandas cumuladas, justamente pelos fatos e a causa de pedir serem inerentes a ambos os pedidos. Ou seja, ambos os pedidos dependem da resolução das mesmas questões de fato insertas na causa de pedir.

Nessa hipótese, evidentemente que, apesar de existir autonomia de cada pedido cumulado, pela ampla possibilidade de resultado de cada qual pode conter, ainda assim, há uma conexão na causa de pedir sobre a resolução das questões de cognição fática, por exemplo. Ou seja, mesmo que houvesse a possibilidade de propor demandas independentes, os processos seriam reunidos pela conexão de causa de pedir, nos moldes do art. 55, § 1º do CPC, para que não fossem prolatadas decisões diversas sobre as mesmas questões de fato controvertidas.

No segundo ponto, totalmente diferente será aquela cumulação entre pedidos que forem independentes na questão de fato, sem conexão de causa de pedir, o que enseja uma independência nessa cognição sobre a análise da causa de pedir e as questões de fato ali envoltas, independendo totalmente as demandas que estão juntas pelos pedidos de uma das partes.

Nessa situação, não há nenhum impacto de uma resolução na outra, nem em questões anteriores, mas uma independência total entre os pedidos, sem nenhuma interferência da resolução da causa de pedir de cada qual no outro pedido.

2.1.1.1.2 Cumulação sucessiva

A cumulação sucessiva ocorre quando um segundo pedido somente tem a possibilidade de ser apreciado quando o primeiro for julgado[41] e, ainda, o resultado for pela procedência do

[41] "Sucessiva é a cumulação quando entre os pedidos haja relação de tal dependência que a decisão do segundo dependa da acolhida do primeiro. Ex.: ação de filiação cumulada com a petição de herança, ação de demarcação cumulada com a de divisão." SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de conhecimento.** Vol. I, 25. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007, p. 191.

anterior[42] – ou parcial procedência, dependendo do conteúdo. Há uma total interligação e subordinação do segundo pedido à procedência do primeiro pedido, sem nenhum grau de independência, apesar de autônomos em termos materiais.

Notadamente, há um vínculo entre os pedidos, com hierarquia de apreciação[43] e condicionamento de resultado para que se aprecie o segundo pedido. O primeiro pedido será analisado em sua integralidade – quando estiver processualmente apto a fazê-lo, contudo não se pode garantir que o segundo pedido seja apreciado, justamente por ser sucessivo ao primeiro, somente ocorrendo sua apreciação se houver a procedência ao primeiro[44].

O segundo pedido detém uma relação de prejudicialidade[45] quanto ao primeiro, uma vez que se este último for julgado improcedente, estará prejudicada qualquer análise quanto ao pedido posterior.

---

42 Nesse sentido: "Concebe-se o autor formular um segundo pedido que, em relação ao primeiro, dependa de sua procedência. Ele pede o acolhimento dos dois pedidos; apenas o último, em virtude do seu caráter de dependência, decorre do êxito do primeiro." ASSIS, Araken de. Cumulação de ações. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 255/256.

43 Dependendo da cumulação pretendida pelo autor, há uma relação de hierarquia temporal e sucessiva entre os pedidos, sendo possível o julgamento único ou a decisão parcial, com a necessidade de que não se julgue parcialmente o que somente pode ser conhecido dependendo do resultado de outro pedido. Armelin discorre sobre essa restrição: "É fundamental que as cumulações, sendo o caso, respeitem a relação existente entre as pretensões cumuladas, de modo a que aquela subordinada ao êxito da outra não se decida em primeiro lugar por sentença parcial." ARMELIN, Donaldo. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação.** n. 18, v. 5, São Paulo: Ed. RT, jul/set/2008, p. 274.

44 Sobre a vinculação entre os pedidos, o principal e o sucessivo: "Tratar-se-á de cumulação sucessiva quando houver vinculação entre os pedidos, de tal forma que os posteriores somente possam ser deferidos em caso de procedência também do primeiro pedido. Os pedidos posteriores ao primeiro não podem ter existência sem o primeiro. Por exemplo, somente podem ser concedidos os pedidos de alimentos, ou de petição de herança, se deferido o primeiro pedido, que tratava da definição da paternidade, ou da maternidade do autor; ou, em outra hipótese, somente pode haver a condenação ao pagamento de uma determinada multa, se antes for decidida a rescisão do contrato pelo seu descumprimento pelo réu." TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. **Cumulação eventual de pedidos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 34.

45 "é aquela em que um pedido é prejudicial a outro, vale dizer, o segundo pedido somente será apreciado quando procedente o primeiro." CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. III, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 203.

No entanto, é pertinente não se confundir, necessariamente, a sucessividade e a sua relação de condicionamento e hierarquia[46] de apreciação sobre qualquer vinculação de resultado específico do pedido posterior, sobre o segundo pedido, uma vez que o primeiro pedido é somente uma condição prejudicial para a apreciação ou não do segundo.[47] Um exemplo notório está na ação rescisória, no pedido rescisório e rescindendo. Se alcançar-se o julgamento de mérito da ação rescisória, necessariamente, haverá a apreciação do pedido rescisório, se a decisão transitada em julgado com suposto vício será, ou não, anulada. Mediante essa apreciação, se o resultado for pela procedência da rescisória, abre-se a possibilidade, se for o resultado procedente desta, para o julgamento do pedido rescindendo, para que se julgue novamente a demanda.

Nesse exemplo, há uma cumulação sucessiva de pedidos. O primeiro pedido deve ser apreciado e, dependendo do seu resultado pela procedência, abre-se a possibilidade, em sucessividade, de análise do segundo pedido. Por outro lado, se o primeiro pedido for pela improcedência – no exemplo, da ação

---

46 Barbosa Moreira denomina como antecedência lógica. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. **Direito processual civil (ensaios e pareceres).** Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 53. "Com a propositura da ação declaratória incidente passa o processo a ter duplo objeto: ambas as questões – a subordinante e a subordinada – passam a ser questões principais, integrando o *thema decidendum*, que se dilata. Até então, o juiz teria sem dúvida de examinar a questão subordinante, mas apenas – repita-se – como etapa lógica do seu itinerário mental. Agora, cumpre-lhe julgá-la. Desde a propositura da declaratória incidente, há processo cumulativo. O órgão judicial defronta-se com duas ações, a cada uma das quais corresponde um pedido perfeitamente individualizado. A sentença que se pronunciar sobre ambas será objetivamente complexa: conterá, na verdade, dois julgamentos, o do pedido primitivo e o do pedido superveniente (formulado pela mesma ou pela outra parte) de declaração da existência ou inexistência da relação jurídica subordinante, É profunda, como se vê, a transformação sofrida pela estrutura do processo quando se propõe ação declaratória incidente." BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os limites da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1977, p. 94.

47 "a relação entre os dois pedidos pode ser de prejudicialidade sem acessoriedade, pois ambos os pedidos guardam sua própria autonomia, embora o acolhimento de um deles seja premissa necessária para o acolhimento do outro. É o que ocorre na cumulação do pedido de reconhecimento de paternidade com a petição de herança: sem que seja tornada certa a filiação, impossível se apreciar o direito à sucessão." CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. III, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 203.

rescisória –, não necessita de análise o segundo pedido, restando, portanto, prejudicado.

No entanto, não há nenhuma relação entre a procedência do primeiro pedido e a procedência do segundo pedido. Há a relação de sucessividade, contudo não há vinculação de resultados. Ainda no exemplo da ação rescisória, o pedido rescisório pode ser procedente, com a abertura para a análise do pedido posterior, o rescindendo, com a total liberdade e autonomia sobre este, com qualquer possibilidade de resultado.

De maneira geral, na cumulação sucessiva, o primeiro pedido é a premissa para a análise do segundo pedido, mesmo com a autonomia entre eles.

2.1.1.2 A cumulação imprópria

A cumulação será tida como imprópria pelo fato de que o autor que assim pleiteia não almeja a análise e o provimento de todos os pedidos, somente quer a análise de um pedido, seja um determinado ou outro, ambicionando, processual e cognitivamente, a amplitude de pedidos existentes como um salvaguardo para a improcedência de um determinado. Não há o intento pelo autor para que o pronunciamento judicial seja sobre todos os pedidos, porém somente na hipótese de não ser procedente um deles, que o outro seja.

Essa é a diferença entre a cumulação própria e a imprópria.

A primeira classificação cumula os pedidos com o propósito de todos serem analisados, com a pretensão de que o juízo proceda à análise da completude do que for pleiteado; já na imprópria, a ótica é diversa, com o autor aproveitando-se da existência de um processo para que possa realizar pedidos diversos, contudo, contenta-se com a análise de um deles.

Na cumulação imprópria, o intuito é o acolhimento de somente um dos pedidos[48] e, assim sendo, positivamente, há a desnecessidade de análise dos demais, como uma exclusão da jurisdição para estes, justamente pela jurisdição do anterior julgado satisfazer a pretensão do autor.

A cumulação imprópria divide-se em *eventual* e *alternativa*.

---

[48] "ao passo que nas hipóteses de cumulação alternativa e de cumulação eventual são chamadas de casos de cumulação imprópria, exatamente porque, nelas, o que se postula é apenas um dos pedidos formulados" CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O § 6º do art. 273 do CPC: Tutela Antecipada Parcial ou Julgamento Antecipado Parcial da Lide? **Revista Dialética de Direito Processual.** nº 1, p. 109-126, São Paulo: Dialética, Abril/2003, p. 112.

2.1.1.2.1 Cumulação eventual ou subsidiária

A cumulação eventual trabalha em outro plano da cumulação sucessiva[49], uma vez que existe uma pluralidade de pedidos; entretanto, a apreciação de um segundo pedido resta condicionada a ser analisada somente se o primeiro pedido não for julgado procedente, conforme a dicção do art. 326 do CPC.

Os pedidos serão listados de modo subsidiário, com uma ordem de preferência para a análise do juízo formulada pelo autor, com a possibilidade de conhecimento do pedido posterior quando o juízo não acolher o anterior. O objetivo do autor não está na análise de todos os pedidos, mas na possibilidade ampliativa de análise de outro pedido, na possibilidade do primeiro não ser acolhido. Como existe uma ordem nos pedidos, evidentemente, há um pedido principal e os demais são subsidiários e somente serão julgados na eventualidade do não acolhimento do principal pelo juízo[50].

Há uma prejudicialidade[51] entre os pedidos, sem a possibilidade de que todos sejam analisados concomitantemente. O autor, apesar de cumular diversos pedidos, insere uma ordem de preferência sobre os pedidos para aquela solução jurídica, com

---

49 De certa maneira, há também uma sucessividade na cumulação subsidiária; no entanto, as diferenças estão nos resultados necessários para que a apreciação do pedido ocorra. Na primeira, a própria sucessiva, a procedência do primeiro pedido permite a análise do pedido posterior; já na segunda, a imprópria subsidiária ou eventual, a improcedência de um determinado pedido possibilita a análise do pedido posterior. Há, portanto, uma sucessividade em ambos, contudo no primeiro é uma questão de prejudicialidade, de condicionamento da análise do segundo pedido pela procedência do primeiro, uma interligação entre ambos. Na segunda cumulação, a condição é a própria escolha do autor que dispõe de duas possibilidades de jurisdição, contudo elenca uma preferência por uma e, caso esta não ocorra a procedência, abre-se o caminho para a análise do segundo pleito.

50 O normal será que haja um pedido principal, aquele que o autor explicita ser o preferencial para a procedência, porém pode ser que esse não seja o mais fundamento pedido, o que pode sofrer críticas: "inconveniente desta cumulação, perfeitamente apanhado pelo tirocínio de José Alberto dos Reis, e repetido por Calmon de Passos, a crer-se na falta de ordem específica, reside na dúvida do autor sobre o acolhimento da ação principal, e, por isso, formula a outra, talvez mais sólida, para o caso de não vingar a primeira. Este aspecto frágil da inicial merecerá a crítica do réu atento, que, por certo, irá explorá-lo".ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações**. 4. ed. São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 236.

51 "os pedidos não se situam no mesmo plano, mas um deles é formulado como principal e outro, só na eventualidade de não ser possível acolher o principal." CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. III, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 204.

a menção de que um posterior somente será julgado mediante o não acolhimento de um determinado anterior.

No eventual acolhimento do pedido anterior, consequentemente, há o prejuízo dos demais pedidos, sem a possibilidade de julgá-los, porém não por prejuízo para a parte, mas pela própria escolha realizada por esta, por satisfazer-se com o acolhimento de determinado pedido[52].

Apesar de não ter nenhum intuito de que todos os pedidos sejam apreciados, haja vista que determinou a sua preferência e hierarquia entre os pedidos, pode acontecer de que todos os pedidos sejam analisados, caso o primeiro seja não acolhido, com a subsidiariedade para a análise do pedido conseguinte e, se houver mais pedidos, de mesmo modo, com a improcedência de um gerando a abertura para a análise do próximo.

Um ponto pertinente a se observar nessa espécie de cumulação é a identidade de causa de pedir, contudo com a disposição pelo autor de diversos pedidos sobre a mesma causa de pedir com o propósito de solucioná-la, judicialmente, por meios diferentes, porém com a satisfação do autor em uma ordem de preferência de soluções. Se a primeira solução almejada for procedente, a causa de pedir está julgada e resolvida, sem adentrar-se nos outros pedidos, os quais são descartados e impossibilitados de serem novamente demandados[53].

Dessa maneira, não há uma cumulação *a priori* de demandas, mas somente uma cumulação de pedidos possíveis, por tais motivos de modo impróprio, até pelo fato de que se julgado procedente o primeiro pedido, o segundo nem será considerado, o que levaria a uma só demanda inserta no processo.

Nessa hipótese, os pedidos podem até ser de procedimentos incompatíveis[54], pelo fato de que não almeja o julgamento conjunto, mas subsidiário[55].

---

52 "o provimento jurisdicional de procedência do primeiro fulmina (implicitamente) o interesse processual e, consequentemente, exaure a pretensão do autor em relação ao pedido subsidiário." TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. **Revista dos Tribunais (São Paulo).** Vol. 786, p. 57-67, Abril/2001, p. 60.

53 Nessa hipótese, há uma coisa julgada sobre aquilo que não foi julgado, no teor do art. 508, o qual descreve-se para uma melhor análise: **Art. 508.** Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

54 Sobre a possibilidade de pedidos incompatíveis: "Cumulação imprópria, ao revés, é o fenômeno da presença de pluralidade de demandas incompatíveis (v. §3º do Art. 327), de maneira que o seu deferimento simultâneo configura *bis in idem*, circunstância vedada pela ordem jurídica. Ora,

2.1.1.2.2 Cumulação alternativa

A cumulação alternativa[56] existe quando o autor formular mais de um pedido de modo alternativo, com a liberdade para que o juízo acolha qualquer deles[57], em conformidade com o art. 326, parágrafo único do CPC.

Apesar de dois ou mais pedidos existentes, a finalidade é a apreciação de somente um, a procedência de somente um dos pedidos, sem intentar-se a análise de todos, tampouco a procedência de todos. O autor, ao optar por tal forma de cumulação, apresenta um rol de pedidos sobre aquela causa de pedir que lhe garantem uma satisfação enquanto resolução jurídica à sua pretensão processual e material, sem nenhuma hierarquia de apreciação, com total indiferença sobre qual o pedido for julgado procedente.

Não há nenhuma hierarquia, tampouco subordinação entre os pedidos realizados pelo autor, somente a possibilidade aberta para que a procedência satisfativa seja de modo alternativo.

---

a oferta de demandas incompatíveis gera, *a priori*, conforme estatuído no inc. IV do Art. 330 do CPC, a inépcia da petição inicial e, por consequência, o seu indeferimento liminar." EXPÓSITO, Gabriela; LIMA, Bernardo. Comentário ao art. 327. **Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770).** Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017, p. 37.

55 Se o pleito do autor é pela análise de um pedido e, somente após a improcedência deste, analisa-se o outro, são duas demandas que não serão necessariamente julgadas: "Verifica-se que no concernente aos pressupostos de admissibilidade da cumulação subsidiária de pedidos não prevalecem com a mesma intensidade aqueles ditados pelo art. 292 do CPC (LGL\1973\5) para as demais espécies de cumulação. Com efeito, a legislação processual dispensa, nesse tipo de cúmulo, qualquer compatibilidade ou nexo substancial entre os pedidos. E isso porque, como já afirmado, não se inserem eles no mesmo plano axiológico." TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. **Revista dos Tribunais (São Paulo).** Vol. 786, p. 57-67, Abril/2001, p. 60.

56 Alguns não consideram como uma cumulação, tanto que nem a colocam nessa categoria: "inexiste cúmulo de ações no pedido alternativo" porque os pedidos não são somados. ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações.** 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 242.

57 Sobre as diferenças entre o pedido subsidiário ou eventual com o alternativo, os quais não podem ser colocados como idênticos: "o único ponto de contato ou de semelhança é que aparecem deduzidos sob forma alternativa: pede--se uma coisa ou outra. Mas nos pedidos subsidiários a alternativa é meramente formal, aparente~ na realidade não há alternativa, porque falta a característica essencial da obrigação alternativa: a equivalência das prestações." REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial.** 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1929, p. 137.

A cumulação alternativa trabalha em duas hipóteses: *(i) quando o autor demonstrar indiferença entre qualquer dos pedidos quer a procedência; (ii) quando pela natureza da obrigação, o devedor puder cumprir a prestação de mais de um modo.*

Se o juízo for julgar procedente um dos pedidos alternativos, não há necessidade de que aprecie qualquer dos outros pedidos realizados, uma vez que o autor não demonstrou nenhuma intenção de que determinado pedido fosse necessariamente analisado, caso fosse procedente qualquer deles. Mediante tal situação, a procedência daquele que o juízo julgou satisfaz o autor em sua plenitude, seja qual for o pedido julgado desse modo[58].

Todavia, de maneira diversa, se o juízo for julgar improcedente, deve analisar todos os pedidos para demonstrar que não seria possível a procedência de nenhum dos pedidos.

Um ponto relevante de observar-se está na ausência de pluralidade de ações na cumulação alternativa. O propósito do autor ao cumular tais pedidos é o provimento de somente um deles, com apenas uma prestação jurisdicional. Só há uma ação, uma causa de pedir e a satisfação com qualquer dos pedidos realizados, sem a existência de uma cumulação de ações, até pelo fato de que o autor não pleiteia a análise de todos os pedidos, mas somente de um pedido, com a indiferença de qual seria para a solução daquela demanda, desde que consiga o que almeja na demanda, a procedência em seu pleito jurisdicional.

2.1.2 Os momentos processuais para a cumulação

A cumulação de pedidos ou de partes é feita no decorrer da demanda, com a regra lógica de que seja realizada pelo autor, no momento da petição inicial, diante da sua narrativa sobre os fatos.

No entanto, como as cumulações podem ocorrer de modo diverso, seja pela pluralidade de pedidos ou de partes, em outros momentos processuais, sem ser necessariamente pelo autor e, tampouco ser na inicial, logo, os momentos processuais possíveis de ampliação do objeto litigioso do processo ou das relações jurídicas entre partes são vários, com um amplo leque de legitimados para tais ampliações, com cada um deles podendo atuar em momentos diversos, mas todos com a possibilidade de cumulação de partes ou de pedidos em momentos posteriores à inicial.

---

58 Nessa hipótese, há também a formação de uma coisa julgada sobre aquilo que não foi julgado, no teor do art. 508, sobre os pedidos alternativos que não foram julgados pela procedência de um deles. O autor não pode pleitear esse pedido em outra demanda, justamente por este citado artigo.

Dessa maneira, pertinente o enfrentamento de cada um desses momentos possíveis de cumulação, tanto de pedidos quanto de partes.

2.1.2.1 A cumulação inicial

Nas cumulações normais e mais corriqueiras de ocorrer no processo – simples, sucessiva e até alternativa e eventual –, o momento quase sempre será na petição inicial, por iniciativa do autor. Ou seja, desde o momento da petição inicial a ação está delimitada como complexa em termos do objeto litigioso do processo, seja pela pluralidade de partes em algum dos polos da demanda.

Esse é o momento em que o autor – ou autores, dependendo da relação jurídica – desenvolve a narrativa fática e determina quais as consequências jurídicas almejadas e, também, o objeto litigioso do processo, através dos pedidos e da quantidade destes que serão realizados e pleiteados na petição inicial.

O autor pode cumular, nos moldes já explicitados no art. 326 do CPC, pedidos que entender viáveis diante da mesma causa de pedir ou correlatos pela coincidência de partes, bem como, de acordo com os arts. 113 e 114 do CPC, indicar mais réus para responder à demanda, também considerando a própria relação jurídica que será julgada.

Dessa maneira, ao autor cabe a determinação do alcance do objeto litigioso do processo, mesmo que seja uma cumulação imprópria – eventual ou alternativa, haja vista que esta não representa uma cumulação de ação, sem a intenção de que julguem todos os pedidos, mas uma alternatividade ou subsidiariedade destes pedidos.

De todo modo, cabe ao autor na inicial determinar os polos, seja se atuará sozinho ou em litisconsórcio no polo ativo, seja se terá pluralidade de réus no outro polo, bem como a delimitação do objeto litigioso da demanda no tocante à quantidade de pedidos a serem realizados em uma só demanda.

Afinal, ao ser deferida a inicial, com todo o seu conteúdo e partes, eventual citação considerará, para a triangularização do processo, o que consta na peça inicial, mediante as partes ali indicadas e suas relações jurídicas, bem como os pedidos ali realizados, produzindo todos os efeitos naturais da citação[59].

---

[59] Sobre os efeitos da citação no CPC/2015, um pouco diferente do ordenamento anterior: "A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, produz três efeitos, sendo um deles processual e dois deles substanciais (art. 240 e seus §§). Além disso, há um efeito substan-

2.1.2.2 A cumulação ulterior

Uma vez determinado que cabe ao autor – ou autores – a delimitação dos atores processuais da demanda e do objeto litigioso do processo, dada essa definição, incumbe a estes a cumulação inicial, seja objetiva, seja subjetiva.

No entanto, apesar de ser pertinente que o autor traga todas essas informações no processo, pelo fato de ser o interessado no exercício da jurisdição e do seu alcance objetivo ou subjetivo, é possível que, mesmo diante dessa determinação inicial pelo autor na inicial, ocorram outras cumulações em momentos processuais posteriores à inicial, seja de partes, seja de pedidos, o que seria definido como uma cumulação ulterior[60].

---

cial do despacho que ordena a citação que merece ser aqui também examinado. O efeito processual da citação é induzir litispendência. Significa isto dizer que, a partir da citação, a pendência do processo alcança o demandado, atingindo-o com seus efeitos. Assim, por exemplo, ao réu de processo possessório só é proibido ajuizar em face do autor demanda de reconhecimento do domínio (art. 557) após sua citação. Do mesmo modo, configura-se a fraude de execução apenas depois da citação válida do executado nos casos previstos no art. 792, IV (tendo o ato fraudulento ocorrido "quando, ao tempo da alienação ou oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência"). O primeiro efeito substancial da citação é tornar litigiosa a coisa. Em outros termos, a partir do momento em que o demandado tenha sido validamente citado deve-se considerar que o bem jurídico disputado no processo é litigioso e, por conseguinte, é só a partir da citação do demandado que se pode cogitar de alienação da coisa ou direito litigioso (art. 109). O segundo efeito substancial da citação é constituir em mora o devedor. Como sabido, considera-se em mora o devedor quando não efetua o pagamento no tempo, lugar e forma estabelecidos pela lei ou pela convenção. Em alguns casos, produz-se a mora *ex re* (isto é, pelo mero fato de não ter sido cumprida a prestação positiva e líquida no seu termo). Neste caso, vencida a dívida já está o devedor em mora (art. 397 do CC). Também se considera em mora de pleno direito o devedor nos casos em que a obrigação provenha de ato ilícito (art. 398 do CC). Nos demais casos, não havendo termo para o cumprimento da obrigação, a mora se produz *ex persona* e se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial (art. 397, parágrafo único, do CC). Não sendo, porém, caso de mora *ex re*, e não tendo sido o devedor interpelado para ser constituído em mora, considera-se o devedor em mora a partir da citação válida, daí se produzindo os efeitos da inexecução da obrigação. Por fim, o efeito substancial do despacho que ordena a citação é aperfeiçoar a interrupção da prescrição (art. 240, §§ 1º a 4º)." CÂMARA. Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro. 4. ed*. Atlas, 2018. [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014426/

60 Se o autor, mesmo em uma situação posterior à inicial, pleitear uma tutela provisória de urgência de natureza cautelar, há uma ampliação objetiva do processo? Há a possibilidade de que haja uma cisão cognitiva?

Essa cumulação ulterior ganha esse nome justamente por não ser realizada na inicial e, com isso, ampliar (ou amplia?) a demanda em momento posterior ao protocolo e distribuição feita pelo autor. Será ulterior, então, toda cumulação realizada em momento posterior à inicial.

A cumulação ulterior pode ser: *(i) pelo autor, em um aditamento da inicial, objetiva ou subjetivamente, ampliando os polos ou pedidos; (ii) pelo réu, via reconvenção ou pedido contraposto, ampliando o objeto litigioso do processo, ou via intervenção de terceiros, ampliando subjetivamente a demanda.*

Necessário enfrentar cada uma dessas cumulações ulteriores.

2.1.2.2.1 O aditamento da inicial e do objeto litigioso do processo pelo autor

O responsável pelo ato postulatório inicial é igualmente responsável pelo seu conteúdo, pela sua narrativa e pelo alcance objetivo e subjetivo da demanda ali existente. Dessa maneira, cabe ao autor essa delimitação do processo, em um primeiro momento, na inicial.

Todavia, o autor pode aditar a inicial, modificando-a posteriormente.

Essa possibilidade será possível até o saneamento do processo, o momento de estabilização da demanda para as partes e o juízo[61].

A ampliação objetiva da demanda é óbvia pelo fato de que a cautelar seria um incidente a mais para ser julgado, seja advinda da inicial, seja em momento posterior; contudo, há de se imaginar que a cautelar seria sobre uma matéria diversa daquela da inicial, mas que ela tem o intuito de assegurar um direito até a prolação da sentença ou outra decisão posterior, justamente para que cumpra o seu viés assecuratório, desfazendo-se no mundo jurídico diante da prolação da tutela definitiva. Ou seja, o pedido cautelar somente tem sentido até o julgamento da demanda, da tutela jurídica definitiva. Logo, uma possível ampliação objetiva em momento posterior à inicial não possibilita essa cisão, pelo fato de que seria incidental para que fosse assegurado um direito a ser decidido na tutela jurídica definitiva. No entanto, se imaginarmos que há a possibilidade do indeferimento, este seria uma cisão cognitiva, ainda que de modo provisório.

61 Sobre a estabilização da demanda e o sistema de preclusões para a ampliação do objeto litigioso do processo, Talamini explica o funcionamento e critica a opção de restrições: "O CPC/2015 mantém a rigidez preclusiva do modelo processual civil brasileiro já presente no CPC/1973. São inúmeras as regras preclusivas, dentre elas, as que fixam os momentos de estabilização do objeto do processo. Sobre esse tema, a regra permane-

Primeiramente, é importante salientar que aditar a inicial é diferente de emendar ou alterar/modificar a inicial. O aditamento da inicial significa acrescentar algo que não existia anteriormente, com a manutenção do que já constava na demanda. Ou seja, o autor pode acrescentar pontos que não constavam na petição inicial, seja nos fundamentos, seja incluindo novas partes[62], seja realizando mais pedidos.

Além do aditamento da inicial, o autor pode emendar ou alterar a inicial[63]. A emenda é simplesmente uma correção de um vício existente, para aclaramento de uma situação narrativa ou de direito ou até para a correção de um pedido, mas sem a alteração do seu conteúdo inicial pretendido. Por outro lado, o autor pode alterar a inicial, com a retirada de pontos que entende

---

ce a mesma do CPC/1973, na medida em que o art. 329 do CPC/2015 prescreve que a alteração unilateral dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) é possível até a citação (inciso I). Da citação até o saneamento, a alteração é permitida, desde que haja consentimento do réu (bilateral). Após o saneamento, não é mais possível nenhuma alteração (preclusão) (inciso II)". TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 329. CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed.* [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/

62 A cumulação ulterior pode ser de partes também, seja para incluir uma nova parte, seja para aumentar o alcance das partes que deveriam figurar na demanda, mesmo que seja pela sucessão ao exequente originário, como na execução, no disposto no art. 778, § 1º : Pode promover a execução forçada o credor a quem a lei confere título executivo. § 1º Podem promover a execução forçada ou nela prosseguir, em sucessão ao exequente originário: I - o Ministério Público, nos casos previstos em lei; II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo; III - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos; IV - o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional.

63 Sobre a diferença entre emenda, alteração e aditamento do pedido: "O pedido pode ser emendado, mudado ou aditado. Diz-se que há emenda quando se corrige simples erro manifesto. Exemplificava-se com a hipótese de o autor pedir 100, referindo-se a documento que apenas lhe dava o direito a 10. Temos que erros desse tipo são corrigíveis, mas não fosse como consequência do que dispõem os arts. 284 e 463, I, por analogia aplicáveis ao autor. Há mudança do pedido quando o inicialmente formulado é substituído por outro, conservados os fundamentos da demanda, ou alterando-se os mesmos. Admite-a o Código, antes da citação, livremente, e depois da citação, com o consentimento do réu (art. 264), desde que o faça antes do saneamento do processo, como limita o parágrafo único. Aditamento do pedido é acrescentar-lhe alguma coisa que falta." CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. III, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 211.

indevidos e substituições por outros, tanto nos fundamentos quanto nos pedidos.

Enquanto na emenda o que se almeja é a correção de um ponto específico, na alteração se pretende modificar substancialmente a petição inicial. Todavia, em ambos não há ampliação do objeto litigioso do processo, nem ampliação subjetiva da demanda.

A cumulação ulterior pelo autor somente será possível via aditamento, quando este acrescenta algum pedido que não havia anteriormente realizado ou quando inclui um réu que não havia ainda sido incluído, bem como, excepcionalmente, pode acrescentar um autor para figurar a seu lado no polo ativo, apesar de mais raro.

No entanto, é pertinente diferenciar que a cumulação ulterior pelo autor tem a limitação quanto à sua liberdade de realização. Até a citação, o autor tem total liberdade de ampliar a demanda, seja objetiva, seja subjetivamente, tendo em vista que não foi formada a relação processual com o réu, o que não trará nenhum prejuízo a este se o autor ampliar o objeto litigioso da demanda ou o alcance dos demandados a formarem aquela relação processual.

Por outro lado, se o réu foi citado, qualquer aditamento deve ser realizado somente com a sua anuência, com poder de veto em caso de discordância e a mantença dos termos da relação já processualizada, tanto objetiva quanto subjetivamente. Se a relação processual já foi formada com a citação do réu e o autor ainda deseja ampliar o objeto litigioso do processo, ao fazer tal pedido, o juízo ouvirá o réu, com a ampliação somente possível se houver a concordância do réu com tal feito. Sem a concordância, a demanda permanecerá com o mesmo objeto litigioso.

Outro momento limítrofe para a cumulação ulterior de pedidos e ampliação do objeto litigioso da lide será aquele da decisão de saneamento e organização do processo, após a fase postulatória. Depois deste momento, a demanda estabiliza-se e, dessa maneira, não será possível o aditamento, em qualquer de suas opções, mesmo que haja provocação do autor, com ou sem anuência do réu, sendo possível esta, então, no ínterim temporal processual entre a citação e o saneamento.

Importante uma ressalva a se realizar sobre o aditamento da inicial após a citação, em uma situação em que o réu deixou de contestar, sendo revel. Antes, no art. 321 do CPC/73[64] tinha

[64] Araújo sobre o art. 321 do CPC/73 e as restrições para a ampliação do objeto litigioso do processo: "Deve-se registrar, por outro lado, que mesmo no caso de revelia, deve haver restrição quanto à alteração ou mesmo ampliação do objeto litigioso do processo, como prevê o art. 321 do CPC".

especificação de que com a revelia não caberia o aditamento – nem modificação ou alteração da inicial – com a necessidade de nova citação. O teor do citado artigo não foi reeditado no CPC/2015, o que não pode parecer que o autor possa livremente aditar a inicial posteriormente à contestação, mesmo com o réu revel, necessitando igualmente de um contraditório para tanto.

O que torna complicado é o que essa ampliação do objeto litigioso do processo em momento posterior àquele prazo para a apresentação de contestação, com a configuração do réu como revel, processualmente, impõe-se a necessidade de intimação pessoal do mesmo para que haja ciência inequívoca do aditamento realizado pelo autor, para que não seja demandado ou julgado por pretensão que não tinha ciência inequívoca para que exercesse o silêncio.

Mediante uma situação como essa, o réu revel deve ser cientificado pessoalmente para tanto, ainda que não haja regra específica para tanto no CPC/2015, porém utilizando como base o bem jurídico tutelado pelo art. 321 do CPC/73, o qual impunha uma nova citação, o que não deve ocorrer, mas uma intimação pessoal sobre as alterações ou aditamentos realizados pelo autor entre o prazo da contestação e a decisão de saneamento e organização do processo.

O art. 329, II do CPC dispõe que tais modificações e acréscimos à inicial após a citação somente devem ser possíveis com consentimento do réu, assegurando o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, logo seria uma base legal para utilizar-se como um contraditório efetivo na hipótese de ampliação após citação, mesmo diante de réu revel[65].

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A resolução parcial de mérito e a coisa julgada progressiva: reflexos no sistema processual como forma de assegurar a brevidade da prestação jurisdicional.** Belém, PA, 2004. 302 p. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 134.

65 Sobre o contraditório necessário para a modificação ou aditamento da inicial após a citação: "O inciso II do art. 329 do CPC/2015 busca compatibilizar a possibilidade de alteração do pedido, após a citação do réu, com o devido processo legal. Nesse sentido, esclarece que não basta o consentimento do réu para a alteração do pedido e da causa de pedir. É necessário garantir a ele a possibilidade de se manifestar sobre tal mudança (em quinze dias), incluindo a faculdade de requerer novas provas, de forma a implementar adequadamente o contraditório, possibilitando que o réu tenha condições de se defender das pretensões alteradas ou adicionadas pelo autor e influenciar efetivamente na formação do convencimento do magistrado. Somente dessa forma se garante a compati-

2.1.2.2.2 A cumulação objetiva pela manifestação do réu: reconvenção ou pedido contraproposto

No momento em que é oportuno ao réu apresentar sua defesa, sua contestação, ele pode oferecer juntamente a reconvenção ou, em determinadas situações excepcionais, pedido contraproposto.

A reconvenção é a proposição de uma nova demanda, agora proposta pelo réu contra o autor[66], invertendo os polos da demanda para essa matéria, utilizando do processo já existente para aumentar objetivamente a lide.

É direito do réu, no ato de defesa quanto à petição inicial, propor ação que entenda ter direito contra o autor, cumulando pedidos e tornando complexo o objeto da lide, com uma ação dentro do processo já em curso.

Como definido pela doutrina[67], a reconvenção é um contra-ataque do réu ao autor.

Como cumulação de pedidos, a reconvenção é uma cumulação ulterior[68], ou seja, que se forma no andamento do processo, em momento posterior à inicial, com uma ampliação da lide e sua discussão material. A ampliação deve ser objetiva, por sempre haver um pedido contra o autor e pode, também, ser subjetiva com a inclusão de mais partes na lide, contudo estas limitadas[69] ao objeto exposto na reconvenção.

---

bilidade da regra processual à moldura constitucional." TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 329. CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil. 2. ed*. [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/

66 Conceituando reconvenção: "A reconvenção consiste em ampliação objetiva da demanda, pelo réu, no mesmo processo. É o contra-ataque do réu face ao autor. Verdadeira cumulação de pedidos, veiculada por partes contrapostas." MALAFAIA, Evie Nogueira e. Comentário ao art. 343. **Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770).** Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017, p. 70.

67 Nas lições de Lima: "A reconvenção, como é elementar, é contra-ataque, e, não, reação do réu com referência ao autor, dentro da própria ação desse. Por economia e brevidade é que se permite, havendo os pressupostos exigidos, o pedido do réu contra o autor, independentemente de ação própria." LIMA, Alcides de Mendonça. Reconvenção. **Revista de Processo.** Vol. 9, Ano 3, p. 265-272, São Paulo: Ed. RT. jan/mar/1978, p. 267.

68 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 67.

69 "O que se pretende dizer é que a reconvenção subjetivamente ampliativa apresenta a possibilidade de o sujeito ser considerado apenas parte do

O direito à reconvenção é um direito de ação e, portanto, totalmente disponível para o réu, como uma faculdade em seu exercício. Com isso, há toda uma nova ação dentro do processo existente[70], com impacto na procedimentalidade, pelo fato de que a réplica à contestação terá viés de contestação e terá, se for o caso, uma nova réplica, agora pelo réu, sobre a contestação à reconvenção.

Apesar de o intuito ser possibilitar com que todas as demandas sejam julgadas em um só processo[71], este se torna mais complexo por causa da reconvenção, seja subjetiva, seja objetivamente.

A grande novidade sobre a reconvenção é a sua inserção como matéria da contestação, sem ser apartada como no CPC/73. Tudo ficou concentrado na contestação, não mais em peça apartada[72], o que, se for o caso, pode gerar preclusão consumativa da peça posterior[73] – qualquer delas. Mas, há uma exceção sobre

---

processo, vinculando-se exclusivamente à sua demanda. Com relação à demanda primitiva, portanto, o indivíduo é alheio e faz surgir a curiosa, mas não rara, situação na qual, em uma mesma unidade jurídica processual, cumula-se a condição de parte, da demanda, e de terceiro aqui considerado apenas como parte do processo." LIBARDONI, Carolina Uzeda. Reconvenção subjetivamente ampliativa: a posição processual do terceiro-interveniente. **Revista de Processo.** Vol. 285, Ano 43, 2018, p. 43-64, São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 47.

70 "O mesmo pode acontecer entre o reconvinte que no fundo é o autor, e o reconvindo, que na reconvenção ocupa a posição de demandado; na ação de regresso contida na denunciação da lide, em que o litisdenunciante é autor ao pedir a condenação do litisdenunciado a ressarcir e este é o réu dessa demanda." DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

71 No sentido de que a reconvenção previne decisões contraditórios de demandas conexas, apesar de inversas entre os polos: **DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil.** Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 515.

72 Sobre a ineficácia da formalidade sobre a utilização da contestação, ou não, para o oferecimento da reconvenção, dada a necessidade, se for o caso, da conexão entre as demandas: "A exigência de que a reconvenção seja apresentada no mesmo ato da contestação não impede o réu de exercer sua pretensão em momento ulterior em via autônoma e, se não houver incompatibilidade procedimental, o resultado que se obterá será o mesmo, as demandas serão reunidas para julgamento conjunto." LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Admissibilidade da reconvenção segundo o Código de Processo Civil de 2015. **Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci.** p. 637-651. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 645.

73 A preclusão será no tocante a desconsiderar a reconvenção com todos os benefícios que detém, no entanto, sem entender que deva ser retirada do processo, uma vez que ela é uma inicial a ser considerada, somente

a ausência de contestação e a apresentação da reconvenção autônoma, porém é importante frisar que a reconvenção não substitui a contestação[74].

Não existe nenhuma necessidade de uma formalidade[75] na contestação para entender-se como reconvenção, somente de que o pedido constante na peça conteste seja mais do que a simples improcedência dos pedidos do autor. Ou seja, os pedidos do réu na contestação que ditarão se a reconvenção foi apresentada ou não, mediante os seus próprios requisitos, como valor da causa, dentre outros.

A reconvenção é autônoma à ação principal[76], criando uma nova lide, com independência e autonomia sobre a primeira, sendo que seus pedidos devem ser analisados na mesma decisão, se for

---

não contendo os benefícios processuais da reconvenção, quais sejam: ausência de custas judiciais e intimação no lugar de citação. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Admissibilidade da reconvenção segundo o Código de Processo Civil de 2015. **Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci.** p. 637-651. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 645.

74 Didier Jr. explica que a revelia do autor-reconvindo de não contestação à reconvenção não deve ser de plano considerada pela conexão entre a ação principal e a reconvenção, podendo, para tanto, ter fatos que são interligados e que devem ser decididos em conjunto e, por isso, o conjunto das alegações impediria a revelia, o que também vale ao inverso, quando o réu não apresenta a contestação, mas apresenta a reconvenção com argumentos fáticos pertinentes a rebater, via reconvenção, as alegações da inicial do autor, impedindo, portanto, a revelia. "Disso decorre que se o autor-reconvindo for revel na reconvenção, mas a reconvenção for conexa à ação principal, de molde a que o julgamento de ambas passe pela apreciação da existência de fatos comuns, o juiz, pela regra da comunhão da prova (art. 371, CPC), não poderá presumir existentes, para fins da reconvenção, fatos que foram considerados não-ocorridos por conta da instrução probatória ocorrida na ação originária." DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 679.

75 Enunciado n.º 45 do FPPC: Para que se considere proposta a reconvenção, não há necessidade de uso desse *nomen iuris*, ou dedução de um capítulo próprio. Contudo, o réu deve manifestar inequivocamente o pedido de tutela jurisdicional qualitativa ou quantitativamente maior que a simples improcedência da demanda inicial.

76 "A reconvenção é demanda autônoma, ou seja, a pretensão deduzida poderia servir de fundamento ao ajuizamento de um novo processo. A sua reunião tem como finalidade servir à economia processual e buscar sintonia entre as decisões, o que não implica dizer que há dependência entre a demanda primitiva e a reconvencional." LIBARDONI, Carolina Uzeda. Reconvenção subjetivamente ampliativa: a posição processual do terceiro-interveniente. **Revista de Processo.** Vol. 285, Ano 43, 2018, p. 43-64, São Paulo: Ed. RT, 2018, p. 46.

o caso, mas sem interligação de resultado em relação ao que se julgar da ação principal, conforme o art. 343, § 2.º do CPC. Tanto que há um juízo de admissibilidade da reconvenção nos mesmos moldes da petição inicial, com a possibilidade de emenda, inépcia, indeferimento, etc., o que importaria em uma decisão específica sobre a matéria da reconvenção, bem como a ação principal pode ser julgada extinta, por qualquer motivo, até por desistência, sem afetar o rumo e o andamento da reconvenção, dada a existência dessa autonomia.

Além dos pressupostos de qualquer ação, a reconvenção tem outros pontos: *(i) a necessidade de causa pendente; (ii) o prazo para defesa ainda ser existente; (iii) a competência ao mesmo juízo para julgar as demandas – principal e reconvencional; (iv) a compatibilidade de procedimentos; (v) a conexão entre o que se discute na ação principal.*

Há uma conjunção entre os requisitos para a cumulação de pedidos[77], com a inclusão de conexão, causa pedente (ou pendente?) e prazo ainda não precluso. A conexão, por exemplo, não é requisito para cumular pedidos na inicial, mas é para o oferecimento da reconvenção[78], seja com o que se tem apresentado na causa de pedir do autor, seja com os argumentos apresentados pelo réu na contestação.

Sobre o julgamento das ações – a principal e a reconvencional, estas devem ser julgadas conjuntamente; contudo, não há nada que impeça que sobre uma ou outra seja proferida uma decisão parcial, com ou sem mérito. Não há nenhuma obrigação da prolação em momento comum, em uma só sentença, apesar de ser a regra[79].

---

77 Há também os requisitos inerentes à própria cumulação de pedidos: "Com a reconvenção, dá-se cumulação superveniente de ações. Assim, para que seja admissível a reconvenção, deve haver compatibilidade entre os procedimentos desta e da ação originária. Admite-se a reconvenção sempre que procedimento da ação originária tiver alguma peculiaridade apenas em sua fase inicial." MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 359.

78 Sobre a admissibilidade restritiva da reconvenção: "A admissibilidade da reconvenção, nesse sentido, está condicionada à relação que ela mantém com a pretensão deduzida pelo autor. (...) Uma interpretação restrita do requisito da conexão, nesse caso, limitado, por exemplo, apenas à análise dos elementos identificadores da demanda, pode ensejar conclusão contrária à admissibilidade da reconvenção, mesmo havendo outras razões que justificariam o processo conjunto das demandas." LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Admissibilidade da reconvenção segundo o Código de Processo Civil de 2015. **Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci.** p. 637-651. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 640.

A reconvenção, dentro da visão de cumulação de ações, resulta em complexidade na demanda, no mínimo, com o aumento do objeto do processo, bem como o objeto litigioso, dada a existência de ao menos um novo pedido. Todavia, se houver a inclusão de terceiro, essa ampliação também é subjetiva, com ainda mais complexidade e cumulação de ações.

Outra possibilidade de cumulação objetiva do processo, de modo ulterior à inicial e realizado pelo réu, é a apresentação de um pedido contraposto na contestação.

Esse pedido contraposto é incomum no processo civil de forma geral, com a possibilidade somente em hipóteses excepcionais, como um modo mais simplificado de uma reconvenção[80], sem os mesmos requisitos e ditames específicos que esta, porém igualmente com a cumulação ulterior de pedidos na demanda, com a ampliação do objeto litigioso do processo, constando a manifestação do réu para tanto.

O pedido contraposto é uma espécie de reconvenção com menos requisitos, com uma restrição específica em ser atrelada aos fatos da causa ou a uma espécie de pedido especificado em lei, como na indenização no caso das possessórias, sem uma abertura de pleitear o que entender de direito[81].

---

79 Didier Jr., levando em conta os aspectos da regra da reconvenção, considera que devem ser julgadas ao mesmo tempo, contudo há de se realizar a ressalva em relação à possibilidade das decisões parciais, enquadrando a reconvenção como qualquer outra cumulação subjetiva ou objetiva. "Reconvenção e ação principal hão de ser julgadas na mesma sentença, embora sejam autônomas: não há obrigatoriedade de ambas terem seus respectivos méritos apreciados, pois pode o autor desistir da demanda principal ou ela não ser apreciada por algum defeito que comprometa a sua admissibilidade (art. 343, §2°, CPC). Agora, se houverem de ser julgadas, haverão de sê-lo na mesma sentença. Essa autonomia justifica, inclusive, condenações independentes às verbas da sucumbência." DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 668.

80 "No direito brasileiro, porém, o pedido contraposto apresenta-se como uma demanda mais simplificada do que a reconvenção. Uma é a sua característica peculiar: há restrição legal quanto à sua amplitude (nos juizados especiais, deve ficar restrito aos "fatos da causa"; nas possessórias, admite-se apenas o pedido de indenização)." DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 674.

81 "Em sendo formulado pedido do réu em face do autor, não haverá alteração nos polos ativo e passivo da ação. A instrução probatória será a mesma e os pedidos serão julgados na mesma sentença." PORTO, Mônica Monteiro. Comentário ao art. 556. **Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770).** Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017, p. 386.

De todo modo, nas hipóteses em que é possível o pedido contraposto, há, evidentemente, uma cumulação objetiva ulterior à inicial por iniciativa do réu.

Conclusão

A decisão de cumular as ações ou os pedidos em um mesmo processo, em qualquer das possibilidades, transita dentro do interesse da própria parte que assim escolhe. O autor pode intentar com várias demandas ou somente com uma e, se for o caso, intentar com outra depois. Não há óbice para tanto.

Logo, é conclusivo imaginar que a cumulação de ações ou pedidos seja um direito da parte.

Essa conclusão é correta; entretanto, se for a cumulação subjetiva, a relação jurídica pode inserir a necessidade de que haja uma cumulação, não sendo somente critério da parte, apesar de que, dependendo dessa cumulação, a demanda pode ser um só pedido e relação jurídica.

Fora isso, o argumento da possibilidade de cumulação de ações ou pedidos tem guarida na relação entre economia processual e harmonia das decisões sobre questões que detêm intersecção cognitiva e, por isso, seria benéfico para o Judiciário a cumulação e, assim, seria de interesse público, tanto quanto de interesse do autor.

Essa visão, apesar de ter atinência sobre os pontos de economia e harmonia, não tornam a cumulação algo engessado e longe dos critérios de conveniência do próprio autor. Se há uma faculdade do autor em fazê-lo, uma escolha, haveria um impedimento processual para que a prolação das decisões que resolvem cada pedido acumulado, cada demanda específica sejam mantidos de modo uno até o final da demanda para a prolação de uma só decisão? A resposta, evidentemente, é negativa.

Se o autor cumula por sua iniciativa, com a melhoria na prestação jurisdicional pela economia e harmonia, o Judiciário, mediante a possibilidade de solucionar parte daquele processo, com a resolução parcial – com ou sem mérito – deve assim proceder.

Na cumulação de pedidos, há uma ampliação objetiva do objeto do processo, uma vez que cada pedido é uma relação diferente a ser solucionada, mesmo que as partes continuem sendo as mesmas em cada polo. Como existe uma pluralidade de pedidos, cada qual tem o seu próprio eixo processual, material e cognitivo, dependendo, no entanto, das espécies de cumulações existentes.

Há, também, a pluralidade de partes, com a ampliação subjetiva da demanda, independentemente da quantidade de pedidos.

Com isso, há (existe/ocorre) uma pluralidade de relações jurídicas a serem resolvidas entre cada autor e cada réu, seja de modo inicial, já constante no pedido que se realiza pelo autor, seja em momento ulterior, quando esta pluralidade de partes for inserida em momento posterior à inicial, com o devido deferimento do juízo.

Quanto mais cumulada for uma demanda, maior a complexidade de relações a serem resolvidas, seja por terem mais pedidos para serem enfrentados, seja por pluralidade nos polos representar uma grande quantidade de relações jurídicas a serem igualmente enfrentadas. Logo, a partir do estudo da cumulação, de sua importância, ocorrência, hipóteses, impactos e relevância, é possível entender a complexidade de uma demanda que se subdivide, internamente, em diversas demandas ou ações, com várias relações jurídicas a serem resolvidas pelo juízo, ainda que seja almejada e buscada somente uma sentença.

Referências

ARAGÃO, E. D. Moniz de. Conexão e tríplice identidade. **Revista de Processo**. Vol. 29, Ano 8, p. 50-57, São Paulo: Ed. RT, Jan/Mar/1983.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **A resolução parcial de mérito e a coisa julgada progressiva: reflexos no sistema processual como forma de assegurar a brevidade da prestação jurisdicional.** Belém, PA, 2004, p. 302. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Pará. Programa de Pós-Graduação em Direito.

ARMELIN, Donaldo. Notas sobre sentença parcial e arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação.** n. 18, v. 5, São Paulo: Ed. RT, jul/set/2008.

ARRUDA, Paulo Gonçalves de. A sentença parcial vista pelos Tribunais e o reflexo do fracionamento do mérito no anteprojeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo.** Vol. 222, Ano 38, p. 257-292, São Paulo: Ed. RT, ago/2013.

ASSIS, Araken de. **Cumulação de ações.** 4. ed. São Paulo, Ed. RT, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. **Direito processual civil (ensaios e pareceres).** Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Os limites da coisa julgada no sistema do novo Código de Processo Civil. **Temas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. **O novo processo civil brasileiro.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. III, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CÂMARA. Alexandre Freitas. ***O novo processo civil brasileiro.*** *4. ed*. Atlas, 2018. [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014426/

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. Cumulação de pedidos, cumulação de ações e concurso de ações. **Revista Dialética de Direito Processual.** São Paulo, v. 28, p. 58-65, 2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo.** 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. O § 6º do art. 273 do CPC: Tutela Antecipada Parcial ou Julgamento Antecipado Parcial da Lide? **Revista Dialética de Direito Processual.** n. 1, p. 109-126, São Paulo: Dialética, Abril/2003.

DIAS, Maria Berenice. Observações sobre o conceito de pretensão. **Portal Jurídico Investidura,** Florianópolis/SC, 17 Dez. 1995. Disponível em: www.investidura. com.br/biblioteca-juridica/resumos/teoria-constitucional/2145-observacoes-sobre-o-conceito-de-pretensao. Acesso em: 13 Jun. 2019

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento.** 17.ed. Salvador.: Juspodivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Capítulos de sentença.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Instituições de direito processual civil.** Vol. II, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

EXPÓSITO, Gabriela; LIMA, Bernardo. Comentário ao art. 327. **Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770).** Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.

GRECO, Leonardo. Concurso e cu0mulação de ações. **Revista de Processo.** Vol. 147, Ano 32, p. 11-26, São Paulo: Ed. RT, mai/2007.

_____. **Instituições do processo civil.** Vol. I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LIBARDONI, Carolina Uzeda. Reconvenção subjetivamente ampliativa: a posição processual do terceiro-interveniente. **Revista de Processo.** Vol. 285, Ano 43, 2018, p. 43-64, São Paulo: Ed. RT, 2018.

LIMA, Alcides de Mendonça. Reconvenção. **Revista de Processo.** Vol. 9, Ano 3, p. 265-272, São Paulo: Ed. RT. jan/mar/1978.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Admissibilidade da reconvenção segundo o Código de Processo Civil de 2015. **Estudos de direito processual civil em homenagem ao Professor José Rogério Cruz e Tucci.** p. 637-651. Salvador: Juspodivm, 2018.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Demanda e tutela jurisdicional: estudo sobre forma, conteúdo e congruência.** São Paulo, SP, 2015. p. 337. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito.

MALAFAIA, Evie Nogueira e. Comentário ao art. 343. **Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770).** Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos especiais.** São Paulo, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigos 294 a 333. **Coleção comentários ao Código de Processo Civil.** (orgs) MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. São Paulo: RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado.** 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NOGUEIRA, Gláucia Assalin. **O julgamento parcial: possibilidade de cisão do julgamento de mérito relativamente à parte incontroversa da demanda.** São Paulo, SP, 2009, p. 191. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito.

OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. **Julgamento fracionado do mérito e implicações no sistema recursal.** São Paulo, SP, 2013, p. 256. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado.** Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.

_____. **Tratado das ações.** São Paulo: Ed. RT, 1970.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PORTO, Mônica Monteiro. Comentário ao art. 556. **Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770).** Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.

REIS, José Alberto dos. **Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial.** 2. ed., Coimbra: Coimbra Ed., 1929.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **A modificação objetiva da demanda no processo civil.** 2013. 334 f. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de conhecimento.** Vol. I, 25. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

SOBRINHO, Elcio de Cresci. **Objeto litigioso no processo civil.** Porto Alegre: Fabris, 2008.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **O concurso de títulos de aquisição da prestação**. Coimbra: Almedina, 1988.

TALAMINI, Eduardo. Comentário ao art. 329.CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). ***Comentários ao novo Código de Processo Civil****. 2. ed.* [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/

THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Manual de direito processual civil.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JR., Humberto. ***Curso de direito processual civil.*** *Vol. I, 59. ed. 2018* [Minha Biblioteca]. Retirado de https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/

TJÄDER, Ricardo Luiz da Costa. **Cumulação eventual de pedidos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. **Revista dos Tribunais (São Paulo).** Vol. 786, p. 57-67, Abril/2001.

Permissões Lotéricas: natureza jurídica de serviço público e contrafação administrativa

Carolina Reis Jatobá Coêlho
Advogada da CAIXA no Distrito Federal
Doutoranda em Direito Administrativo pela PUC/SP
Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília/DF
Especialista em Direito Público pela ESMPDFT e em Direito Constitucional pelo IDP/DF

RESUMO

A temática dos jogos de azar tem sido, de forma geral, objeto de atenção do legislador brasileiro. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional projetos de lei (um deles, por exemplo, datado da década de 1990) destinados a tratar a exploração do serviço pela iniciativa privada, passando pela legalização de cassinos, bingos e apostas eletrônicas (caça-níqueis); pelo restabelecimento das já no passado autorizadas Loterias Estaduais, até a atenuação da contravenção penal do "jogo do bicho". Para além do debate entre as vantagens e desvantagens de estabelecimento de um novo marco jurídico para tratamento do tema, é necessário conhecer o arcabouço legal e a evolução histórica dele para entender por que a União detém a titularidade do serviço, por que ele é considerado público e, ainda, por que de sua natureza jurídica de permissão, e individualização da permissão lotérica. Soma-se ao estudo o conceito de contrafação administrativa, como hipótese para se testar se é o caso de considerá-la no contexto da formatação do serviço público, bem como da permissão lotérica, e, ainda, diante da ausência de precedência de licitação das mesmas. O objeto é complexo e merece zelo no seu tratamento, motivo pelo qual a academia tem muito a ofertar no âmbito do debate público, seja para identificar as contrafações, seja para evitá-las.

Palavras-chave: Jogos de Azar. Permissão Lotérica. Monopólio da União. Contrafações Adminstrativas.

SUMMARY

The theme of gambling has been, in general, an object of attention of the Brazilian legislature. Currently, bills are being drafted in the National Congress (one of them dating from the

90s) to treat the exploitation of the service by private initiative, through the legalization of casinos, bingos and electronic betting, State Lotteries and even mitigation of the criminal contravention of the "jogo do bicho". Whereas the debate between the advantages and disadvantages of establishing a new legal framework to deal with the topic, it is necessary to know his legal and the historical evolution to understand why the service is federal and public and to persuit the logic behind the Lottery Service. The concept of administrative counterfeiting is added to the study as a hypothesis to test if it is the case of considering it in the context of the public service format, as well as the Lottery Service, and also, due to the absence of bidding precedence of the Themselves. The object is complex and deserves zeal in its treatment, which is why the academy has much to offer in the context of public debate, either to identify counterfeits or to avoid them.

Keywords: Gambling. Lottery Permission. Monopoly of the Union. Administrative Counterfeits.

Introdução

A temática dos jogos de azar tem sido, de forma geral, objeto de atenção do legislador brasileiro. Atualmente, tramitam no Congresso Nacional alguns projetos de lei (um deles datado da década de 1990) visando à criação de marcos regulatórios, desde a exploração do serviço pela iniciativa privada, passando pela legalização de cassinos, bingos e apostas eletrônicas (caça-níqueis) ou restabelecimento das já no passado autorizadas Loterias Estaduais e até mesmo atenuação da contravenção penal do "jogo do bicho"[1].

Por trás dos debates, há controversas discussões paralelas[2], de um lado, prevendo impactos sociais negativos, seja pelos eventuais prejuízos coletivos advindos do estímulo direto ou indireto a outros eventos indesejados, como o comércio de drogas, armas e prostituição, a lavagem de dinheiro ou violência real

---

1 Confira-se a propósito. PL 442/91 – Câmara dos Deputados. Tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15460 >. Acesso em 13.06.2017; PLS 62/2007 – Senado. Tramitação: Remetido à Câmara dos Deputados. Disponível em < https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80075 > . Acesso em 13.06.17.

2 Confira-se reportagem em vídeo da TV Câmara. Disponível em < http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/508491-LEGALIZACAO-DOS-JOGOS-NO-BRASIL-LOTERIAS-ESTADUAIS,-CASSINOS-E-BINGOS-BLOCO-2.html > . Acesso em 13.06.17

(ou mesmo simbólica) e a atenuação de tais impactos pela prevenção ao vício individual, pela exploração do jogo responsável, conscientização da complexidade da atividade com consequente elaboração de códigos de conduta, *compliance* e boas práticas.

Por outro lado, há quem defenda os eventuais benefícios da ampliação e movimentação econômica desse mercado, como a criação de empregos, não só nas atividades centrais, mas também periféricas, ligadas ao comércio de lazer, incluindo serviços de bar, restaurantes, apresentações artísticas, culturais e suplementares, utilizando-se da experiência estrangeira. Além de tais benefícios, pensa-se também no aumento do volume de arrecadação fiscal (com impostos e taxas) e retorno financeiro indireto do Estado (rendimento parcial em tarifas, capitalização do investimento, participação societária).

Como ponto comum, os Projetos Legislativos apresentam o licenciamento da exploração dos jogos pela União, por intermédio de institutos jurídicos de autorização, concessão ou mesmo permissão administrativa, como já o é atualmente. A exploração poderá ser direta por intermédio da CAIXA – Caixa Econômica Federal ou suas empresas subsidiárias do conglomerado financeiro. Quando houver outorga, ela deverá ser precedida de licitação, tipo técnica e preço e julgamento do maior investimento proposto. A União utilizar-se-á do braço operacional do Ministério da Fazenda e da CAIXA, de forma direta, para regulamentar, fiscalizar e operacionalizar as atividades.

Curiosamente, em todo o mundo a sistemática de exploração dos jogos de azar, de modo geral (não se sabe se pela compensação de valores morais envolvidos), só é autorizada pelo Estado e sob a lógica de que sua finalidade precípua é a contrapartida da aplicação dos recursos arrecadados em políticas públicas ou iniciativas coletivas em prol da sociedade, como instituições de caridade, montepios, prisões, ensino ou fomento à saúde e infância e ao esporte, passando também pela criação de fundos especiais.

Nos Estados Unidos da América – EUA, por exemplo, "há registros de que, no período entre 1790 e 1865, foram erguidas, com recursos de loterias, 50 universidades, 300 escolas e 200 igrejas. Instituições de prestígio, como *Harvard*, *Yale*, *Princeton* e *Columbia*, devem sua fundação às loterias"[3], ao passo que a Itá-

[3] IPEA. CANTON, Ana Maria (Coordenadora). A Rede Lotérica no Brasil . Brasília: 2010. Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6476 > . Acesso em 16.06.17.

lia, França, Bélgica, Países Baixos, Alemanha e Portugal também aplicavam recursos em casas de misericórdia, escolas e segmentos relacionados à educação, à saúde, ao esporte, à assistência social e cultura[4].

De acordo com essas simples colocações, se verifica por que o assunto merece atenção na agenda brasileira, sendo necessária a ampliação dos debates que ocorrem na esfera legislativa. Ao mesmo tempo, não há muitos trabalhos nem acadêmicos nem acessíveis ao grande público e, também, é ainda desconhecida a lógica por trás do monopólio da atividade pela União, seu acompanhamento e a fiscalização das outorgas, justificado no nítido interesse público da manutenção de Fundos Públicos alimentados pelas receitas advindas, o que revela que não se trata de um assunto simples, como faz crer as dicotomias expostas resumidamente anteriormente.

Sem pretensão de esgotar o tema, o artigo pretende colaborar com o debate, delineando-se os seguintes objetivos: i) descrever o histórico legislativo que ampara as permissões de exploração do jogo de azar e orientaram a atuação do Estado brasileiro e dos permissionários, ao longo do histórico normativo, justificando a natureza jurídica de serviço público da União e derrogação das normas penais, sempre justificando a aplicação dos recursos advindos das receitas em políticas públicas; ii) partindo da premissa de que se trata legalmente de um serviço público da União outorgado via permissão, instrumento jurídico de natureza precária, descrever algumas implicações jurídicas decorrentes, bem como analisar criticamente se estamos diante

[4] Segundo IPEA. CANTON, Ana Maria (Coordenadora). A Rede Lotérica no Brasil . Brasília: 2010. Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6476 > . Acesso em 16.06.17. Alemanha: cultura, ações sociais, esporte e educação: Argentina: Desenvolvimento social, meio ambiente; Bélgica: Deficientes físicos, cultura; Bolívia: Setor de saúde, programas de beneficência e salubridade; Brasil: Seguridade social, educação, esporte, cultura, segurança pública, saúde; Canadá (Província de Ontário): Hospitais, ações sociais; Colômbia: Saúde; Costa Rica: Bem estar social, saúde: Chile: Assistência à infância e a idosos, saúde e esporte: Dinamarca: Educação: El Salvador: Bem estar social; Equador: Saúde, educação, assistência ao idoso: Espanha: Saúde; Estados Unidos: Educação, saúde: Finlândia: Esporte, ciências, artes; Guatemala: Assistência à infância; Holanda: Educação; Honduras: Assistência à infância; Inglaterra: Artes, esportes, ações sociais, saúde; Irlanda: Cultura, esporte; México: Educação, saúde; Noruega: Esporte, cultura, pesquisa; Panamá: Saúde, esporte; Porto Rico: Saúde Portugal: Saúde, bem-estar de crianças: República Dominicana: Obras filantrópicas voltadas às crianças, aos idosos e a doentes mentais.

de uma contrafação administrativa, considerando o objeto sob a ótica da exploração econômica monopolística; iii) tratar da Lei das Permissões Lotéricas (Lei nº 13.177/15), sob o enfoque da sua constitucionalidade, a qual considerou válidas mais de 6 mil lotéricas sem outorgas de permissão precedidas de licitação.

1 Contexto Histórico e Legislativo da Exploração de Loterias no Brasil

Somente em 1784 e ainda no período colonial é que as loterias apareceram oficialmente no Brasil, no atual estado de Minas Gerais. Consta que o objetivo era arrecadar recursos para o término das obras da Casa de Câmara e Cadeia (hoje Museu da Inconfidência) de Vila Rica, atual Ouro Preto, então capital da Capitania. Após, com a vinda da Corte Portuguesa, em 1808, as loterias proliferaram por todo o Brasil em prol de Santas Casas e outras instituições assistenciais e culturais em todo país. Isso, no entanto, trouxe consequências negativas, pois as irregularidades eram frequentes (CANTON, 2010).

A Independência não alterou essa situação, que se manteve durante o reinado de D. Pedro I. O quadro só mudou na Regência do padre Diogo Antônio Feijó, que, em 1831, proibiu as concessões e as extrações de loterias por conta do descontrole nas concessões. A proibição só vigorou até novembro de 1837, quando, na regência de Pedro de Araújo Lima, a Assembleia Geral Legislativa sancionou os Decretos nº 153 e nº 154, os quais autorizaram expressamente a extração de loterias em favor do Teatro da Praia de D. Manuel e do Teatro Fluminense, ambos no Rio de Janeiro (CANTON, 2010).

Em novembro de 1840, meses depois de declarada a maioridade de D. Pedro II, foi editado o Decreto nº 57, o qual procurou disciplinar as vendas de bilhetes e as extrações de loteria. Em 11 de agosto de 1841, o Decreto nº 92 introduziu normas para aumentar o controle do governo sobre a loteria. As novas regras, no entanto, só foram acatadas no Rio de Janeiro: nas províncias, as loterias continuaram a ser concedidas com irregularidades. Foi somente em 27 de abril de 1844, por meio do Decreto nº 357, que se regulamentou a loteria brasileira de forma mais eficaz. Nas quase duas décadas seguintes, a atividade lotérica se manteve regular (CANTON, 2010).

Com a criação da Caixa Econômica Federal (Monte Socorro da Corte), em 12 de janeiro de 1861, por intermédio do Decreto nº 2.723, D. Pedro II atribuiu-lhe a fiscalização das loterias, e em 16 de janeiro de 1861, por meio do Decreto nº 2.936, autorizou

a extração de bilhetes pela Corte, com alcance nacional. De 1900 a 1932, a legislação disciplinou as atividades lotéricas com prazo de concessão reduzido de dez para sete anos, e, posteriormente, para cinco, demonstrando a preocupação do governo com o regime de concessões e dando a ele prerrogativas de alterar as normas em caso de risco ao sistema, inclusive mudar o concessionário, já que essas lucravam bastante, havia denúncias de fraudes e a população não se beneficiava muito, a não ser indiretamente (RIBEIRO, 2002).

Em 1932, foi editado o Decreto nº 21.143, na intenção de constituir um marco legislativo sobre Loterias, uma vez que a legislação era dispersa e, por vezes, contraditória. O decreto revogou a legislação federal e estadual então existente e fixou algumas premissas: i) obrigatoriedade de contratação via concorrência pública para loterias federais e estaduais; ii) proibição de prorrogações de contratos em curso efetivados sem prévia concorrência; iii) extração de bilhetes; iv) distribuição dos produtos líquidos da exploração; iv) estabelecimento de que União e Estados poderiam celebrar ajustes e convenções para realizar obras de assistência social e culturais contempladas por recursos das Loterias; v) fiscalização das loterias estaduais pela federal.

Daí, se extrair que já existia uma tendência legislativa pela centralização de atividades de fiscalização, a despeito de se reconhecer a existência de modo de exploração estadual e federal. Em 1944, o Decreto-Lei nº 6.259/44, que ainda dispõe sobre alguns aspectos do serviço de loterias, estabeleceria expressamente que a execução desse serviço poderia ser federal ou estadual. Neste último caso, a execução e a fiscalização ficariam adstritas aos limites territoriais do Estado. Além disso, a União e os Estados poderiam atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira. Vejamos:

> DECRETO-LEI Nº 6.259 DE 10 DE FEVEREIRO DE 1944.
> Art. 1º O Serviço de loteria, federal ou estadual, executar-se-á, em todo o território do país, de acôrdo com as disposições do presente Decreto-lei.
> Art. 2º Os Governos da União e dos Estados poderão atribuir a exploração do serviço de loteria a concessionários de comprovada idoneidade moral e financeira.
> § 1º A loteria federal terá livre circulação em todo o território do país, enquanto que as loterias estaduais ficarão adstritas aos limites do Estado respectivo.
> § 2º A circulação da loteria federal não poderá ser obstada ou embaraçada por quaisquer autoridades estaduais ou municipais.

> Art. 3º A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jôgo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais.

Curiosamente, a vinculação da exploração do jogo às atividades tipicamente sociais era sempre relembrada, e a população – que questionava a idoneidade dos permissionários e seus lucros – foi submetida às massivas campanhas publicitárias que justificavam o interesse público envolvido nas extrações, ordinárias e especiais, como foi o caso daquela realizada no mandato de João Goulart, a qual afirmava que "bilhetes em branco" (sem prêmios) não existiriam, pois toda a sociedade passaria a ser premiada, ou seja, se o apostador não ganhasse prêmios do sorteio, ganharia na forma de benefícios sociais gerados pelas apostas.

Após o golpe de 1964, muitos contratos foram cancelados unilateralmente e houve uma devassa na Administração dos Serviços da Loteria Federal – ASLF, encarregada de fornecer os bilhetes aos revendedores,visando apurar eventuais irregularidades praticadas por empregados das Caixas. Nada foi provado; mesmo assim, muitos revendedores ficaram sem bilhetes ou tiveram sua cota reduzida. Segundo depoimentos de empresários lotéricos que viveram esses acontecimentos, nos primeiros tempos do regime militar pessoas que não eram do ramo, entre eles políticos e militares, retinham a maior parte dos bilhetes da Loteria Federal e os repassavam para os revendedores mediante o pagamento de ágio, o chamado câmbio negro. Os revendedores eram obrigados a se submeter a isso para obter a quantidade de bilhetes necessária para suprir sua clientela (RIBEIRO, 2002).

Para reverter essa situação, os empresários lotéricos se uniram. Em 22 de dezembro de 1966, foi fundada a Associação dos Lotéricos do Estado de São Paulo – ALESP. Foi a primeira de várias entidades da classe no país. Os lotéricos reivindicavam a volta de todas as cotas de bilhetes da LFB para as Caixas Econômicas, mas isso só foi conseguido no segundo semestre de 1967. Assim, do primeiro semestre de 1964 até o segundo semestre de 1967, os revendedores ficaram sujeitos à intermediação de "atravessadores" (RIBEIRO, 2002).

Em fevereiro de 1967, já no final do mandato do primeiro presidente da República do regime militar, general Humberto Castelo Branco, foi publicado o Decreto-Lei nº 204/67, que merece pelo menos quatro destaques: i) o serviço lotérico nova-

mente foi reconhecido como serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão; ii) reconheceu-se que sua exploração constitui derrogação excepcional das normas do Direito Penal, o que também justifica a competência legislativa exclusiva da União; iii) é proibida a criação de loterias estaduais, permanecendo aquelas já criadas, que não poderiam aumentar as suas emissões de bilhetes, ficando limitadas às quantidades em vigor na data da publicação do ato normativo; iv) a renda líquida obtida com a exploração do serviço de loteria será obrigatoriamente destinada a aplicações de caráter social e de assistência médica e empreendimentos do interesse público.

Assim, as loterias estaduais criadas antes do Decreto-Lei 204/67 estariam autorizadas a operarem, com fundamento na legislação existente. É dizer: a partir do marco legal, estariam autorizadas à manutenção de suas atividades as seguinte loterias estaduais, em número de 15, criadas antes de 1967: i) Rio Grande do Sul (1843); ii) Pará (1856); iii) Rio de Janeiro (1940); iv) São Paulo (1939); v) Paraná (1956); vi) Santa Catarina (1966); vii) Espírito Santo (1964); viii) Minas Gerais (1944); ix) Paraíba (1955); x) Goiás (1951), xi) Ceará (1947); xii) Pernambuco (1947); xiii) Piauí (1959) xiv) Mato Grosso (1953) e xv) Mato Grosso do Sul (1953), limitando-se sua atuação estritamente às extrações de bilhetes já existentes à época da edição normativa.

Interpretando-se as normas relativas à atividade de extração de loterias e sua importância histórica em conjunto com a Lei de Contravenções Penais (em especial, a alteração realizada pelo Decreto-Lei nº 9.215/46 em seu artigo 50), confirmamos que a exploração de jogos de azar encontra-se proibida no Brasil.

> Art. 50 - Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele:
> (.....)
> § 3º - Consideram-se jogos de azar:
> a) o jogo em que o ganho ou a perda dependem exclusiva ou principalmente ao fator sorte."

A exploração de Loterias, Federal e Estadual, apesar da proibição referente a jogos de azar, foi excluída do âmbito penal, por força do Decreto nº 21.143/32, o qual relacionou como "serviço público as loterias concedidas pela União e pelos Estados" e, mais especificamente, a partir da edição do Decreto-Lei nº 6.259/44, instrumento legal em que foi dedicado um artigo especificamente para recobrir as loterias de um verniz de legalidade, separando-as das outras espécies de jogos e, consequen-te-

mente, promovendo a sua exclusão do alcance da Lei de Contravenções Penais.

Essa exclusão se verifica a partir de uma situação bastante peculiar: o serviço estatal de loterias, devidamente reconhecido como tal, passa a sustentar-se em uma derrogação das normas de Direito Penal (revogação parcial de uma lei, no caso, o artigo 50 da Lei de Contravenções somente naquilo que representasse impedimento à exploração de loterias).

Por fim, buscando os desdobramentos históricos que envolvem os jogos de azar no Brasil, verifica-se que a proibição pode justificar a restrição e acompanhamento pela União, bem como a sua condição de serviço sob a tutela do Estado, prestado de forma federal e organizado por Empresa Pública. Também da análise da legislação, conclui-se que, desde 1932, a extração de Loterias é considerada efetivamente como "serviço público", embora o termo não encontre relação direta com o conceito doutrinário tradicional, que remete a "certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral" (..) e que, "em dado tempo ou lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa, ou seja, que não é socialmente desejável que fiquem só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado "poder de polícia") (MELLO, 2014, p. 628).

A questão que se sucede é: pode-se considerar a derrogação de norma penal como justificativa para caracterizar o serviço como público ou esta seria uma mera ficção jurídica apta a legitimar o monopólio da exploração desse serviço pela União?

2. Natureza Jurídica do Serviço Público e do Serviço Lotérico. Conceito de contrafação administrativa

Como dito anteriormente, com o Decreto-Lei nº 6.259/44 há uma especificação bastante representativa dos regulamentos de Loterias, agora tratando do procedimento a ser adotado para a concessão ou exploração lotérica, que se dará por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação, quanto às loterias estaduais já existentes. Vejamos:

> Art. 3º A concessão ou exploração lotérica, como derrogação das normas do Direito Penal, que proíbem o jôgo de azar, emanará sempre da União, por autorização direta quanto à loteria federal ou mediante decreto de ratificação quanto às loterias estaduais.

Após essa legislação unificadora, o regramento sobre Loterias teria nova alteração significativa com o advento do Decreto-Lei nº 204/67, estatuto em que se reafirmou tratar-se de "serviço público exclusivo da União não suscetível de concessão", por conta da exclusividade, a ser "executado pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais", através da "Administração do Serviço de Loteria Federal", com a colaboração das Caixas Econômicas Federais, bem como determinando que as mesmas Caixas, "na execução dos serviços relacionados com a Loteria Federal, obedecerão às normas e às determinações emanadas daquela Administração".

Ao que parece, manteve-se a justificativa de cuidar de atividade que deveria ser explorada pelo ente estatal maior, com a finalidade de canalizar recursos para o custeio de programas sociais de âmbito nacional, disposição que, desde sempre, foi utilizada para promover a aceitação do produto, bem como diferenciá-lo dos demais jogos.

Cuida-se ainda que, após a edição das normas estruturantes do serviço de loterias, teve ensejo o Decreto-Lei nº 759/1969 que trouxe para a CAIXA, enquanto Empresa Pública Federal integrante da Administração Pública, a extinção das demais homônimas, em cujas atividades inseria-se a exploração de loterias:

> Art 1º Fica o Poder Executivo autorizado a constituir a Caixa Econômica Federal - CEF, instituição financeira sob a forma de emprêsa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda.
> (...)
> Art 2º A CEF terá por finalidade:
> d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal nos têrmos da legislação pertinente;

Diante da ausência de normas constitucionais contrárias a essas disposições, o Decreto-Lei nº 759/69 foi recepcionado pela Constituição da República de 1988, sendo também assimilado materialmente como lei, mantendo-se integralmente hígida a exclusividade da CAIXA no que diz respeito à exploração de Loterias, até os dias atuais.

A federalização do serviço, ao contrário, foi questionada no Supremo Tribunal Federal, que entendeu que, com a edição da Constituição Federal, em 1988, fixou-se, nos termos do inciso XX e I do art. 22, que a União detém competência reservada

para legislar sobre loterias e sorteios (*in litteris*, "sistemas de consórcios e sorteios").

O tema foi discutido nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) que versavam sobre a constitucionalidade da Lei Pelé, a qual autorizava a exploração de bingos e caça-níqueis pelos Estados-Membros. O STF estendeu a interpretação para abarcar todo o conceito de jogos, incluindo consórcios, sorteios e, principalmente, loterias. O entendimento foi finalmente consolidado com a edição da Súmula Vinculante nº 02, *in verbis*:

> Súmula Vinculante STF nº 02
> É inconstitucional a lei ou ato normativo Estadual ou Distrital que disponha sobre sistemas de consórcios e sorteios, inclusive bingos e loterias.

Portanto, a Corte Constitucional interpretou que a competência da União para legislar sobre loterias e sorteios está expressamente determinada em seu inciso XX do art. 22, da Constituição da República Federativa de 1988, e confirmou em várias ADIs, bem como editou a Súmula Vinculante nº 02 para reafirmá-la.

Além do reconhecimento da técnica de recepção constitucional, pode-se dizer que a metodologia utilizada por alguns intérpretes constitucionais foi a "interpretação a contrário", diretriz hermenêutica que constitucionaliza não só as palavras expressamente contidas no texto, mas também as implicações do sentido contrário ao sentido de alguma lacuna, levando-se à compreensão de que há uma nova norma, não extraída diretamente de redação acaso existente, mas sim de princípios estruturantes, interpretação sistemática ou, nas palavras de Canotilho, "teleologia da regulamentação constitucional". Se a questão não consta da dicção constitucional por uma lacuna e pode ser considerada implícita por extensão, impõe-se uma redação extensiva do sentido (MARTINS, 2011, p. 66-71).

Portanto, embora a Constituição não trate especificamente sobre atividade lotérica ou sorteio, a previsão constitucional de competência prevista no Art. 22, inciso XX, abarcaria essa referência implícita. Diante disso, pode-se entender, como o fez o Min. Carlos Ayres Britto, na ADI 2.847-2, que a Constituição i) não apresenta norma que tenha por conteúdo a instituição em si de atividade lotérica ou sorteio; ii) não contém norma caracterizadora da exploração de sorteio enquanto espécie de serviço público; iii) não apresenta norma excludente dos sorteios como atividade passível de protagonização econômica privada, donde conclui o eminente Ministro que a possível ofensa à

Constituição dar-se-ia "por negação de vigência a diploma federal, é certo, mas diploma de índole simplesmente infraconstitucional". Registre-se que o Decreto-Lei nº 204/67 seria o "diploma federal" citado.

Portanto, a caracterização da exploração de loterias como um serviço público decorre somente do que foi assentado nos Decretos e nas Leis que trataram do tema em momento anterior à Constituição Federal de 1988, sendo que a questão relevante que se impôs a partir da sua promulgação foi a necessidade de licitação dos serviços públicos e, como a loteria era considerada "serviço público", a necessidade de obediência a esse preceito em relação às loterias. A seguir, o artigo 175 da CRFB:

> Incumbe ao Poder Público, na forma da Lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Ao determinar que somente por meio de licitação poderia ser concedida ou permitida a prestação de serviço público, a Constituição criou nova obrigação para a CAIXA, qual seja, licitar o serviço de loterias, agora considerando-se serviço público a ser outorgado mencionando a relação comercial estabelecida entre a CAIXA e o empresário lotérico e não a delegação da exclusividade do serviço conferida à CAIXA pela União, foco das legislações anteriores.

Verificando-se a noção jurídica de serviço público, tem-se que sua versão clássica repassa necessariamente pela gestão pública e, em especial, como critério de aplicação do direito e regime administrativo, bem como a delimitação do contencioso administrativo (nos ordenamentos jurídicos onde ele existe), considerando-se a derrogação do direito comum, por objetivo de preservação do interesse público (CHEVALLIER, 2017, p. 44)

As concepções originárias remetem à essência do Caso Blanco (*Arrêt Blanco* - 1781)[5], que não só descortinou a responsabilidade estatal em danos causados por particulares ocasionados por pessoas empregadas pelo serviço público, mas também fixou o marco do Direito Administrativo diante do reconhecimento do serviço público como critério para definir a especialidade das normas a serem aplicáveis, afastando definitivamente a submissão às normas do Código Civil, as quais se aplicariam somente para as relações jurídicas entre particulares.

[5] Arrêt Blanco du Tribunal des Conflits sur Légifrance. Disponível em < www.legifrance.gouv.fr >. Acesso em 23.06.17.

Naquela ocasião, duas escolas doutrinárias se enfrentam sobre a própria autonomia e identidade do Direito Administrativo, a escola do serviço público (*Duguit*) e a do poder público (*Hauriou*), em especial sua diferença estaria no critério de aplicação da disciplina. As duas ideias formaram identidades do que se conhece pelo conteúdo do Direito Administrativo, seja pelo reconhecimento do serviço público como critério para definir a especialidade das normas a serem aplicáveis, seja pela presença do Estado em um dos polos da relação.

Para que seja assim considerado, o serviço público deve conter indicação explícita de autoridade e o exercício de particularidades suficientes para identificá-lo, como a existência de finalidades perseguidas (interesse geral); o controle exercido sobre o gestor (tutela) e, ainda, a existência de prerrogativas exorbitantes (*puissance publique*), três elementos que não são verificáveis quando se trata de serviços lotéricos.

Ainda nesta linha, determinou-se que se opunham ao serviço público a execução de atividades, ainda que praticadas pelo Estado realizadas em prol do interesse financeiro, privado ou empresarial. Como exemplo aos estudos desse artigo, Chevallier chega a citar que a própria Sociedade Francesa de Jogos (Loteria) não seria considerada como uma missão de serviço público, conforme afirmado por Rolin (ROLIN, 1999).

Sob o ponto de vista da ideologia do serviço público, verifica-se que ela serve de motor para a expansão estatal, traçando linha de demarcação entre a gestão privada e a gestão pública. A superioridade estatal traduzida em forma de prerrogativas administrativas volta-se para a satisfação das necessidades coletivas de forma altruísta, posicionando-se diametralmente opostas ao espírito de lucro, relacionadas ao dinheiro, sendo que existiria uma espécie de pureza nas atividades administrativas, ao passo que as atividades industriais e comerciais, embora praticadas pelo Estado, estariam sujeitas ao regime comum ou civilista (CHEVALLIER, ANO).

Aqui não se estaria diante de serviço público a ser delegado ao particular, mas perante a necessidade imperiosa do Estado de regular mais profundamente essa atividade econômica, não sendo sequer apropriado falar-se em "regulação de serviços públicos" (MARTINS, 2011).

Ora, ao se examinar as três tipologias tradicionais de setores – mercado, serviço público e terceiro setor –, verifica-se que a exploração de jogos, por sua característica lucrativa instríseca que visa a vantagens econômicas diretas para justificar a aplicação em obras de interesse público, não se ajusta muito bem aos conceitos de interesse público direto.

É que só indiretamente a aplicação de tais recursos são destinados à realização de objetivos mais altruístas ligados a segmentos como saúde, educação, esporte, etc. Haveria pelo Estado uma espécie de "compensação" pela alvitez do jogo? Ou será mesmo que somente a simples derrogação da norma de proibição penal – por possuir *status* de competência legislativa da União – explica assunção exclusiva do serviço na forma pública?

Ao examinar mais detidamente, pode-se até entender que não se está diante do interesse público primário, mas sim secundário do Estado (ALESS, 1970), que pode não coincidir com o interesse geral da coletividade, em especial a realização de políticas públicas voltadas para o bem-estar social, satisfazendo o interesse da sociedade, do todo social, geralmente ligados aos objetivos do Estado, os quais não são interesses ligados a escolhas de mera conveniência de Governo, mas sim determinações que emanam do texto constitucional, notadamente de seu Art. 3º, que determina expressamente a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, na qual sejam garantidos o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (MELLO, 2014, p. 55).

Ao contrário, ao analisar historicamente a evolução do conceito de exploração de jogos lotéricos, pode-se concluir que há um interesse secundário da Administração, que escolheu reter a atividade de forma exclusiva para fins de lhe dar superioridade, relevância e evitar que fiquem estritamente nas mãos de privados, com mera regulamentação e regulação do setor que poderiam não ser efetivas o suficiente. Trata-se, talvez, de uma discricionariedade legislativa (confere?), concebida de forma valorativa para justificar o que se considere abjeto para a sociedade, como são os efeitos do jogo, diretos ou indiretos.

As atividades identificam-se muito mais aquelas consideradas econômicas, por ostentarem o claro intuito lucrativo e de ampla concorrência, motivo pelo qual poderiam também estar sujeitas a uma restrição que lhes imponha uma espécie de regime especial de direito privado com derrogações. Ocorre que, observando o contexto histórico do instituto da origem da permissão lotérica, o legislador brasileiro fez, a todo o momento, opções de excluir a exploração privada, impedindo qualquer concorrência com sua própria delegação, decorrente do regime de derrogação de Direito Penal. Assim é que a atividade está muito mais próxima da justificação de uma exploração formatada

de maneira monopolista que foi sendo aberta à outorga privada, via permissão.

Não se está diante de serviços sociais ou correspondentes constitucionais que se identificam com a atuação estatal, como saúde, educação, assistência social ou previdência. Embora todos esses segmentos tenham representantes também no mercado privado, que atua essencialmente por autorização, o interesse social deles é indiscu tível, motivo pelo qual se configuram como serviços públicos que, mesmo livres à iniciativa privada, estão sujeitos à regulação especial (MARTINS, 2011, p. 258).

Assim, o campo do serviço público é geralmente próprio do Estado, relacionados às atividades a ele inerentes, cuja titularidade o constituinte lhe atribui missão de prestar, devendo os particulares só prestar serviço público se houver expressa outorga e delegação do Estado, ou seja, de forma subsidiária. Nessa concepção, o Estado presta serviços públicos não porque os particulares não prestaram a contento, mas sim porque, constitucionalmente, é sua missão prestá-los, não havendo subsidiariedade, o que implica em dizer que o campo dos serviços públicos constitui atividades próprias do Estado, estranhas ao campo privado (MARTINS, 2011, p. 271).

Uma vez desconstruída a lógica que justificaria o enquadramento da loteria como serviço público, parecendo ser uma opção legislativa que se identificaria *a priori* com a forma de conceber tal mercado, ou mesmo de exercer controle sobre ele, cumpre verificar se não é o caso da incidência de contrafações administrativas.

O tema é objeto das atenções de Ricardo Marcondes Martins, Prof. Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, que é líder do grupo de pesquisa intitulado Ponderações no direito administrativo e contrafações administrativas, integrado também por esta autora, como membra efetiva. Inicialmente, MARTINS, ao invocar sua etimologia, advinda do latim *contrafactio* e do francês *contrafaçon*, identifica objeto como uma "imitação da obra de outro", "fingimento, simulação, disfarce", "coisa em paralelo, comparação, confrontação" e propõe uma Teoria Geral das Contrafações Administrativas. Menciona que, no Direito Administrativo, foi utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello "para tratar das permissões de serviço público, assim consideradas as hipóteses em que as permissões fossem deferidas a prazo certo ou em outras nas quais o permissionário efetuaria dispêndios de vulto", desvirtuando a verdadeira natureza jurídica do instituto.

A contrafação administrativa ocorre quando se emprega um conceito de forma equivocada, fazendo-se reger o instituto apa-

rente por um regime incompatível com a situação qualificada pelo conceito real. Mascarando o sentido efetivo, tem-se o emprego fraudulento de conceitos. Dito isso, o autor questiona se o legislador não teria competência para alterar o sentido doutrinário e utilizá-lo dessa forma. Indaga se não haveria uma compatibilização entre a teoria das contrafações administrativas e o princípio da legalidade, bem como competência do legislador para efetuar esse exercício (MARTINS, 2016).

O autor responde criticamente ao citar Sundfeld, que, ao tratar de atos administrativos ampliativos de direitos, entende que, muitas vezes, a doutrina ou o legislador invoca conceitos jurídicos de fontes antigas não vigentes e de ordenamentos jurídicos estrangeiros para interpretar textos normativos a partir desses conceitos. Como a interpretação não se vincula às fontes efetivas, tendo sido elaborados em vista de outras leis, outro momento histórico, não corresponderão à verdadeira essência. Segundo MARTINS, a crítica somente se aplicaria aos conceitos jurídico-positivos, aqueles universais e imanentes a todo o sistema jurídico, enquanto os conceitos jurídico-positivos identificam um conjunto de efeitos normativos *a posteriori* (MARTINS, 2016).

Assim, quanto ao tema das contrafações, o legislador pode empregar o signo em significado diverso em duas possibilidades: i) o significado é diverso da corrente na linguagem jurídica ou ii) o significado é corrente na linguagem jurídica, mas em situação incompatível com o regime jurídico afeto a esse significado. A última hipótese é a mais comum e mais grave e é o campo da contrafação. Nesta situação, o procedimento é obstado por exigências da hermenêutica jurídica e também da supremacia constitucional.

Em que pesem as premissas teóricas de que existiria um legislador racional, que ostentaria qualidades como operatividade, unicidade, imperecibilidade, consciência, onisciência, justiça, coerência, omnicompreensibilidade, precisão e que o intérprete se utilizaria de princípios hermenêuticos estruturantes para orientar o sentido normativo, o fato é que, com frequência, o legislador não é, de fato, um cientista do direito, sendo provável e não justificável que existam atecnias e ainda, muitas vezes, há doutrina que lhe ampara – ainda que de forma equívoca.

Embora o STF tenha recepcionado a natureza jurídica de serviço público das permissões lotéricas (de maneira indireta), se estivermos diante de uma contrafação administrativa real, não será possível a declaração de inconstitucionalidade (com ou sem redução de texto), isso porque as normas pré-constitucionais somente são consideradas sob o plano da compatibilidade consti-

tucional com o fenômeno da recepção ou não recepção. Neste caso, cabe tão-somente ao intérprete propor uma aplicação consectânea aos princípios estruturantes do sistema jurídico, como parece-nos que foi feito no Voto do Ministro Ayres Brito, anteriormente mencionado.

Porém, como não se esvaziou completamente a celeuma da natureza jurídica da exploração de jogos de azar como serviço público e como há alguns Projetos de Lei em curso sobre a matéria, talvez seja a oportunidade da doutrina influir e contribuir nos debates sobre a contrafação administrativa na permissão lotérica. Vê-se que as denominações "Permissionário Lotérico" e "Serviço Lotérico", ostensivamente referidas em contratos e também referidas na jurisprudência, demonstram que a rotulação foi assimilada, e nossa crítica é que não tenha sido de forma devida, podendo ser revisada em uma nova proposição legislativa.

3 Permissão Lotérica e contrafação administrativa

Restaria, para compor esse panorama acerca da natureza jurídica, verificar se o caso é mesmo da hipótese doutrinária conceitual de permissão, em especial em razão dos contornos jurisprudenciais que passaram a envolver a questão, especialmente as disposições da Lei nº 8.987/95, as quais acabaram por aproximar – muito em face das críticas da academia – os institutos da permissão e concessão, como, por exemplo, a previsão da permissão como uma relação contratual e os novos contornos da "precariedade" do serviço.

Conferindo-se o inciso IV, do Artigo 2º da Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, complementando a previsão do art. 175 da Constituição da República de 1988, também exposta a seguir, tem-se:

> Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
> II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
> (...)
> IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Para além da explicitação contida na própria lei, há outras distinções doutrinárias que, somadas à anterior, complementam a identificação do instituto. Nesse sentido, vale reproduzir as seguintes conceituações de (MEIRELLES, 2009) e (JUSTEN FILHO, 2006):

> A permissão de uso é ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público desde que haja interesse da coletividade, sem o qual o uso não deve ser permitido nem concedido, mas tão somente autorizado.
>
> Permissão é o ato administrativo de delegação da prestação de serviço público a particular, sem a imposição de deveres de investimentos amortizáveis em prazo mínimo de tempo.

Diante da ausência de consenso doutrinário existente quanto ao conceito de permissão, suas características e, principalmente, as hipóteses em que o instituto teria aplicabilidade, bem como a bastante discutida ausência de distinções determinantes entre o instituto da concessão e o da permissão, também é útil à presente depuração lembrar que, em seus incisos, o artigo 175 previu que da lei constariam "o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão".

Ainda, também a Lei nº 8.987/95 tratou de evidenciar o valor das normas pertinentes a cada modalidade de serviço público, destacando que "as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, pela Lei de Concessões e Permissões e pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos", cabendo aos entes promover a revisão e adaptações necessárias às prescrições legais, buscando atender às peculiaridades das modalidades de serviços.

Observadas todas essas regras, não se pode olvidar que a Lei assegurou uma série de prerrogativas ao Estado quanto ao controle sobre o serviço concedido, tais como alterar as condições de sua prestação, controlar tarifas cobradas pela concessionária, encampar o serviço, o que, com as devidas adequações, também configura-se prerrogativa extensiva à exploração de loterias. As orientações também se aplicam por lei ao regime de permissão, com algumas ressalvas, principalmente quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

A despeito do anterior entendimento doutrinário e jurisprudencial de a permissão de serviços lotéricos ser caracterizada pela discricionariedade, unilateralidade e precariedade, o que autorizaria a rescisão unilateral pelo poder permissionário, o Superior Tribunal de Justiça, em virada jurisprudencial do Recurso Especial STJ nº 1.021.113/RJ –motivada por modificação do conceito doutrinário de permissão, sinalizou incidir em verdade natureza jurídica de concessão contratual e consequente reconhecimento do direito à indenização por danos materiais na hipótese de rescisão unilateral, principalmente quando se considera incontroverso que o permissionário realizou significativo investimento para a instalação do próprio empreendimento destinado à execução do serviço público delegado, inclusive mediante atesto de padronização do poder concedente.

O precedente representa significativa influência das escolas jurídicas brasileiras na construção dos precedentes judiciais, especialmente em âmbito de uniformização de interpretação infralegal. Identificada contrafação administrativa real, a doutrina a enfrentou e mudou parâmetros do conceito jurisprudencial, implicando em atribuir efeitos diversos, de outro regime jurídico. Para verificação dos parâmetros, confira-se trecho do Voto do Ministro Relator, Mauro Campbel:

> (...) Por outro lado, é perfeitamente adequado o entendimento doutrinário que reconhece, em razão das diversas tentativas de **descaracterização do instituto da permissão, direitos e garantias inerentes ao regime jurídico da concessão. Sobre o tema, a orientação de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 27ª edição, São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 764/769): "Na jurisprudência reflete-se a mesma tendência de aceitar que, em princípio, as permissões de serviço público hão de ser consideradas como um ato precário, sem embargo de existirem situações nas quais, in concreto, reputa-se que haverá de lhe ser recusado tal caráter, o que ocorrerá, desde logo, quando concedida a prazo certo e mesmo em outras situações nas quais o permissionário haja incorrido em pesados investimentos e/ou venha desenvolvendo a prestação de serviço público há longo tempo, bem como nas que estejam reguladas de modo a impor cerceios à livre revogabilidade** (...) A Administração não está liberada para outorgar permissões – buscando a liberdade que corresponderia ao seu caráter precário – em hipóteses não compatíveis com o préstimo natural do instituto; ou seja: em hipóteses nas quais a sua contraparte deva realizar investimen-

tos de monta e em que o adequado cumprimento do serviço demanda estabilidade, requerida para que o empreendedor possa organizar-se e instrumentar-se satisfatoriamente, com os correlatos dispêndios. Se, entretanto, voltar a ocorrer o dislate de serem conferidas permissões fora de seu destino natural, tal como sucedeu frequentemente no passado, reintroduzir-se-ão os mesmos problemas e questionamentos que dantes se puseram e que já foram mencionados.

(...)

Assim, em face disto, sobrepôs-se nas permissões defe-ridas a prazo certo – mormente quando a própria lei autorizava outorga em tais termos –, mas também naqueles outros em que, mesmo sem quaisquer destas garantias, o permissionário já efetuara dispêndios de vulto, tornou-se impossível desconhecer a relevância jurídica destes fatos e o consequente direito do permissionário, seja a uma estabilidade do vínculo análoga à da concessão, seja – correlatamente – ao direito a ser indenizado nos casos em que a extinção unilateral da permissão se efetuava sem que o permissionário houvesse incorrido em falta que a justificasse. O princípio da lealdade e da boa-fé, na generalidade dos casos, agregado ao da presunção da legitimidade dos atos administrativos naqueloutros, sobretudo se havia previsão legal ou mesmo regulamentar de prazo, impunham tais soluções, as quais acabaram por sensibilizar a doutrina e algumas vezes também os pretórios. Note-se que, sendo a boa-fé um princípio geral de direito e o princípio da presunção da legalidade dos atos administrativos um princípio básico do Direito Administrativo, a adoção de interpretações que os prestigiem não significa uma liberalidade por parte do intérprete, seja ele juiz ou outro aplicador do Direito, mas representa atendimento obrigatório ao próprio sistema jurídico. Assim, se vierem a reproduzir-se as situações teratológicas referidas, não haverá senão reproduzir estas mesmas soluções apontadas, de tal sorte que as permissões de serviços públicos converter-se-ão em **verdadeiras contrafações das concessões de serviço público, devendo, por isso, ser responsabilizados os agentes públicos que lhes** derem causa, sejam de que hierarquia forem." (sem destaques no original) No mesmo sentido, a lição de Marçal Justen Filho (Curso de Direito Administrativo, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 795): "São muito frequentes as tentativas de desnaturar a permissão, visando a evitar o reconhecimento de garantias inerentes à concessão de serviço público. **O Estado denomina permissão uma relação jurídica que apenas pode ser configurada como concessão. A denominação é irrelevante, aplicando-se o regime jurídi-**

> **co da concessão.** Sempre que uma delegação de serviço público importar um prazo mínimo de garantia para o delegatário ou impuser a ele a realização de obrigações de investimento, cuja amortização dependerá da exploração do serviço por um período mínimo de tempo, será aplicável o regime da concessão de serviço público. O entendimento foi consagrado na doutrina há muito tempo, surgindo a expressão "permissão qualificada" ou "permissão condicionada". MEIRELLES TEIXEIRA afirmou que permissão que assegure certos direitos **ao permissionário não se subordina ao regime da precariedade.** HELY LOPES MEIRELLES, CAIO TÁCITO, MIGUEL REALE, EROS ROBERTO GRAU e EDMIR NETTO DE ARAÚJO se manifestaram no mesmo sentido. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que a realização de investimentos por parte do permissionário conduz a uma estabilidade "análoga" à concessão."

Este é um exemplo de como a jurisprudência descortinou o conceito de contrafação administrativa utilizando bases doutrinárias que reconheceram a necessidade de aplicar um regime jurídico distinto do usual para situações fáticas que, em verdade, estavam mais próximas de outro instituto, aplicando-se-lhe os mesmos efeitos. Isso não quer dizer que não sejam reconhecidas a precariedade e a unilateralidade da permissão, mas que, uma vez formatada contratualmente, os impactos jurídicos acabam por se assemelhar à concessão de serviço público.

Sob outra perspectiva, mantido resta o entendimento de que a permissão deverá ser formalizada por meio de um contrato de adesão, o qual confere a possibilidade de nele inserir regras que sejam pertinentes à exploração de serviço público, próprias dele e que tenham como finalidade reforçar o caráter precário e personalíssimo da permissão lotérica, bem como ressaltar a aplicação do regime jurídico administrativo, condição essa que derrogaria a exclusiva aplicação das regras privadas. Ocorre que, nos casos concretos, a formalização, o acompanhamento, a fiscalização e a rescisão figuram muito próximos do contrato de concessão e, uma vez precedida de licitação, adjudicado o objeto, geram-se direitos adquiridos à exploração da atividade, desde que não incida em sanção suficiente para gerar caducidade. Na prática, não há efeitos distintos da concessão de serviço público.

A despeito disso, o legislador, em 2013, por intermédio da denominada Lei das Permissões Lotéricas – Lei nº 12.869/2013, optou por conceituar expressamente a Permissão Lotérica, localizando o papel da CAIXA como outorgante dos serviços então delegados pela União, previamente licitados.

O primeiro componente é que o legislador mantém a natureza jurídica de permissão de serviço público, assim o considerando "permissão lotérica: a outorga, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos feita pelo poder outorgante à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco, para comercializar todas as loterias federais e os produtos autorizados, bem como para atuar na prestação de serviços delegados pela outorgante, nos termos e condições definidos pela legislação e normas reguladoras vigentes".

O segundo componente: a exploração do serviço, pertence à União (art. 2º do Decreto-Lei n.º 204/67), que, através do fenômeno chamado no Direito Administrativo de "descentralização", transferiu a exploração desse serviço para a CAIXA (art. 2º, inciso d, do Decreto-Lei n.º 759/69), o qual, por sua vez, com base no art. 20 do Decreto-Lei nº 204/67 e na Lei nº 8.987/95, permitiu a expressa delegação a esse serviço.

O terceiro componente é que, diferentemente das concessões – em que a modalidade licitatória legal indicada é a concorrência –, nas permissões lotéricas não há definição, podendo ser utilizada não só o pregão invertido, com critério de maior preço da outorga ou mesmo quaisquer dos critérios hoje presentes na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16).

Com todos esses componentes, talvez os doutrinadores possam vislumbrar novas acepções de contrafações administrativas. No entanto, nenhuma delas será maior do que a ausência de ocorrência de licitação para permissão da outorga. Explica-se: anteriormente à Constituição da República Federativa do Brasil, os lotéricos recebiam permissão para atuar decorrente de mero credenciamento, da mesma maneira como era exigido dos vendedores ambulantes de bilhetes. Com o advento do Art. 175 da Constituição em 1988, ficou consignado que as outorgas deviam ser precedidas sempre de licitação, ainda que tomassem a forma de permissão ou de concessão.

O Tribunal de Contas da União (TCU) publicou o Acórdão nº 925/2013, determinando à Caixa Econômica Federal – CAIXA a realização de licitação para as 6.310 agências lotéricas que tiveram seus prazos de outorga sujeitos à prorrogação em 1999, na intenção de unificar o regime jurídico das lotéricas. Como dito, desde a edição da Lei nº 8.987/95, a licitação para concessão de casas lotéricas passou a ser exigida, mas essas agências funcionavam apenas por credenciamento da CAIXA, forma adotada anteriormente à lei.

A Lei nº 13.177/2015, que alterou o Art. 5º da Lei nº 12.869/2013, acrescentando o Art. 5º - A e seguintes, acabou por consi-

derar válidas as outorgas de permissão lotérica e seus aditivos contratuais celebrados até 15 de outubro de 2013 perante a Caixa Econômica Federal, por meio de termos de responsabilidade e compromisso, que concederam prazo de permissão adicional de duzentos e quarenta meses, aos quais serão aplicadas as renovações automáticas previstas no inciso VI e parágrafo único do Art. 3º, de até igual prazo, mesmo após a data final de vigência, só não se aplicando a prorrogação automática quando tiver havido rescisão contratual por comprovado descumprimento das cláusulas contratuais pelo permissionário lotérico. Ao dispor de modo contrário ao que foi determinado pelo TCU, o legislador andou mal. Ao substituir ato administrativo da outorgante, parece que andou pior. E ainda que eivado de inconstitucionalidade, a norma não foi objeto de questionamentos. Possível identificar aí também uma contrafação administrativa, mas, certamente, esse será assunto de um outro artigo acadêmico, que aprofundará as bases da Teoria Geral da Contrafação Administrativa para fundamentar uma nova hipótese de pesquisa.

Conclusão

Identificou-se, de modo geral, que os jogos de azar – assim considerados cassinos, bingos, apostas eletrônicas (caça-níqueis), Loterias (Estadual ou Federal), "jogo do bicho" – no Brasil e em todo o mundo estão vinculados indiretamente com o conceito de interesse público, não exatamente aquele primário, o qual se estabelece em prol do interesse coletivo direto, mas sim por opção legislativa do ordenamento jurídico que pretendeu compensar os efeitos maléficos na sociedade em geral. Em todo o mundo, os recursos advindos da exploração de jogos estão vinculados aos segmentos públicos geralmente prestados pelo Estado na forma de educação, saúde, previdência, esporte. Interpretando-se as normas relativas à atividade de extração de loterias e sua importância histórica em conjunto com a Lei de Contravenções Penais (em especial, a alteração realizada pelo Decreto-Lei nº 9.215/46 em seu artigo 50), confirmamos que a exploração de jogos de azar encontra-se proibida no Brasil.

Da breve incursão histórica e legislativa presente no artigo, verifica-se que sempre houve interesse da União em deter não só o monopólio da atividade, mas também exercer controle, acompanhamento e restrição à atividade, o que fez por instrumentos jurídicos de credenciamento, autorização, concessão ou mesmo permissão administrativa, como já o é atualmente.

Embora tramitem atualmente no Congresso Nacional projetos de lei (um deles datado da década de 1990) destinados a tra-

tar a exploração do serviço pela iniciativa privada, a lógica jurídica foi sempre considerar o serviço lotérico como público, a uma, porque cabe precipuamente à União a competência para legislar sobre sorteios e prêmios, e, a *contrario sensu*, sobre loterias, como espécie desses; a duas, porque se trata de derrogação de norma jurídica de *status* penal, e a três, porque há um indireto interesse público na outorga e na fiscalização da aplicação de recursos sempre vinculados à realização de projetos de amplitude social.

Ocorre que este entendimento não é indene a críticas. Ao contrário. À luz da Teoria Geral da Contrafação Administrativa, pretendeu-se discutir não só o enquadramento formal do serviço público, concluindo que esta foi uma mera opção administrativa e legislativa para justificar o interesse da União no tema, guardando distantes semelhanças com as características e os conceitos jurídicos que norteiam a utilização de determinado regime administrativo que o justifica e lhe dá identidade. Assim, a posição atual legislativa que confere natureza de serviço público federal ao serviço lotérico parece demonstrar mais uma opção administrativa histórica legislativa do que corresponder aos conceitos intrínsecos aos institutos jurídicos relacionados ao interesse público. As atividades relacionadas ao serviço lotérico podem ser até mais próximas daquelas consideradas econômicas, relacionadas à possibilidade de exploração por intermédio de estruturas empresariais que visem ao lucro, e, assim, podendo até caracterizar-se como atividade monopolística da União.

A mesma Teoria das Contrafações Administrativas foi utilizada para justificar análise acerca da natureza jurídica da permissão lotérica, sendo este um clássico exemplo da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, tendo influenciado e motivado a virada de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para reconsiderar o instituto de permissão como de concessão administrativa, em especial se há origem contratual, que mitiga a precariedade e obriga à indenização de prejuízos causados pela Administração ao permissionário que dispendeu vultuosos recursos para exploração da atividade.

Por fim, verifica-se, na nova legislação, em especial na alteração da denominada Lei de Permissão Lotérica (Lei nº 12.869/13) pela Lei nº 13.177/2015, que lhe acrescentou o Art. 5º-A 5º-B, considerou válidas outorgas já concedidas – ainda que não tenham sido precedidas de licitação, o que configura verdadeira inconstitucionalidade, já que o requisito constitucional norteia todos os serviços públicos delegados, concedidos e permitidos – e ainda permitiu a renovação automática do prazo de exploração, criando uma verdadeira contrafação administrativa, a qual,

embora mereça estudo detalhado (que ultrapassa os limites deste artigo), não deixa de merecer destaque por sua incongruência com todo o sistema aplicável ao serviço público.

Referências

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Barcelona: Bosch, 1970.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Adminitrativo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 23 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.pla-nalto.gov.br> Acesso em: 23 jun 2017.

BRASIL. Lei nº 8.987/1995, 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: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 23 jun 2017.

BRASIL. Lei nº 12.869/2013, de 15 de outubro de 2013. Dispõe sobre o exercício da atividade e a remuneração do permissionário lotérico e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 23 jun 2017.

BRASIL. Lei nº 13.177, de 22 de outubro de 2015. Altera a Lei nº 12.869, de 15 de outubro de 2013, acerca do regime de permissão de serviços públicos. Disponível : <www.planalto.gov.br> Acesso em: 23 jun 2017.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 3 de março de 2009. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em : <www. planalto.gov.br> Acesso em: 27 jul 2014.

BRASIL. PL – Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 442/91. Tramitação: Proposição Sujeita à Apreciação do Plenário disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15460>. Acesso em 13 jun 2017.

BRASIL. PLS – Projeto de Lei do Senado nº 62/2007. Tramitação: Remetido à Câmara dos Deputados. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80075> . Acesso em 13 jun 17.

BRASIL. Decreto nº 153, de 29 de Novembro de 1837. Concedendo ao Theatro da Praia de D. Manoel duas loterias annuaes por espaço de quatro annos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/

legin/fed/decret/1824-1899/decreto-153-29-novembro-1837-562077-publicacaooriginal-85884-pl.html>. Acesso em 06 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 57, de 28 de novembro de 1840. Estabelecendo uma Tesouraria denominada das Loterias. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1840-11-28;57>. Acesso em 06 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 92, de 11 de Agosto de 1841. Estabelece novo Plano para extracção das Loterias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-92-11-agosto-1841-561235-publicacaooriginal-84727-pe.html>. Acesso em 06 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 357, de 27 de Abril de 1844. Regulando a extracção das Loterias em todo o Imperio. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-357-27-abril-1844-560703-publicacaoori-ginal-83831-pe.html >. Acesso em 06 jul 2017

BRASIL. Decreto nº 2.723/1891, de 12 de Janeiro de 1861. Autorisa a creação de uma Caixa Economica e um Monte de Soccorro nesta Côrte, e approva os respectivos Regulamentos. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2723-12-janeiro-1861-556013-publicacaooriginal-75580-pe.html>. Acesso em 06 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 2.936, de 16 de Junho de 1862. Regula o serviço da extracção das Loterias da Côrte. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2936-16-junho-1862-555562-publicacaooriginal-74867-pe.html>. Acesso em 07 jul 2017.

BRASIL. Decreto nº 21.143, de 10 de Março de 1932. Regula a extração de loterias. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21143-10-marco-1932-514738-retificacao-81855-pe.html> . Acesso em 07 jun 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 6.259, de 10 De Fevereiro de1944. Dispõe sôbre o serviço de loterias, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.google.com.br/?gws_rd=ssl#q=Decreto-Lei+n%C2%BA+6.259/44> . Acesso em 07 jun 2017.

BRASIL. Decreto nº 204, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sôbre a exploração de loterias e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0204.htm>. Acesso em 07 jul 2017.

Jurisprudência

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.021.113. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. 11/10/2011. DJe 18/10/2011. RT vol. 915 p. 581.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2847/DF. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno. Julgamento:05/08/2004. Publicação DJ 26-11-2004.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante nº 02. PROCESSO 327.879/2007. Tribunal Pleno. DJe nº 78/2007 – Publicação 10-08-2007.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Processo 017.293/2011-1. Acórdão nº 925/2013. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Data da sessão 17/04/2013. Número da ata 13/2013. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia> . Acesso em 07 jul 2017.

BRASIL. TV Câmara. Reportagem jornalística em vídeo e reproduzida na TV e Página da Internet mantida pela TV Câmara. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/REPORTAGEM-ESPECIAL/508491-LEGALIZACAO-DOS-JOGOS-NO-BRASIL-LOTERIAS-ESTADUAIS,-CASSINOS-E-BINGOS-BLOCO-2.html>. Acesso em 07 jul 2017.

CANTON, Ana Maria (Coordenadora). **A Rede Lotérica no Brasil** . Brasília: IPEA, 2010. Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6476 >. Acesso em 13.0617.

CHEVALLIER, Jacques. **O serviço Público**. Tradução, Estudo introdutório e Notas Explicativas de Augusto Neves dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação Administrativa à Luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria das Contrafações Administrativas**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 16. Número 64: 2016. Disponível em <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/241>. Acesso em 16.06.17.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

RIBEIRO, Paulo Cesar. **A História das Loterias no Brasil**. Brasília: CAIXA, 2002.

Uma análise do controle da discricionariedade administrativa através de dispositivos da Lei nº 13.655/2018

Renila Lacerda Bragagnoli
Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública (UBA)
Especialista em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração (IDP)
Advogada da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – Codevasf
Chefe do Consultivo da Assessoria Jurídica.

Resumo

A discricionariedade é uma forma de delimitação de competência, e a essa restrição acrescentaram-se contornos modernos com a edição da Lei n.º 13.655/2018, que estipulou diretrizes para a aplicação e interpretação do Direito Público no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de parametrizar a prática dos atos administrativos, afastando, de certo modo, a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, porém, facilitando a possibilidade de que haja maior inserção na análise do mérito administrativo, bem como no seu controle.

Palavras-Chaves: Discricionariedade administrativa. Mérito Administrativo. Controle. Lei nº 13.655/2018.

RESUMEN

La discrecionalidad es una forma de delimitación de competencia y a esa restricción y a esta restricción se agregaron contornos modernos con la edición de la Ley N ° 13.655/2018, que estipulaba pautas para la aplicación e interpretación del derecho público dentro del sistema legal brasileño, como una forma de parametrizar la práctica de actos administrativos, eliminando, en cierto modo, la valoración de conceptos jurídicos indeterminados, sin embargo, facilita la posibilidad de una mayor inserción en el análisis del mérito administrativo, así como en su control.

Palabras clave: Discrecionalidad administrative. Mérito Administrativo. Control. Ley nº 13.655/2018.

Introdução

"*O problema do poder discricionário é problema de interpretação*", dado que uma norma, por vezes, comporta mais de uma solução possível para cada caso concreto, que será elegida de acordo com a realidade do momento da decisão. É nessa liberdade de escolha entre mais de uma solução, sob o ponto de vista de quem encara a lei, que reside a discricionariedade administrativa, estudo que ganha importância, sobretudo no Estado Democrático de Direito, exigindo-se um dinamismo para acompanhar as mutações sociais, de forma a satisfazer, integralmente, as necessidades da coletividade.

Assim, para que haja harmonia indispensável à consecução dos interesses públicos e sociais emergentes, a lei pode traçar o comportamento dos agentes administrativos, de maneira que, para que eles não exponham qualquer liberdade de escolha ou de maneira que permaneça, para o administrador, um certo grau de liberdade de escolha de um julgamento subjetivo.

A discricionariedade é, assim, uma forma de delimitação de competência, e a essa restrição acrescentaram-se contornos modernos com a edição da Lei n.º 13.655/2018, que estipulou diretrizes para a aplicação e interpretação do Direito Público no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, como forma de parametrizar a prática dos atos administrativos, afastando, de certo modo, a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, porém, facilitando a possibilidade de que haja maior inserção na análise do mérito administrativo, bem como no seu controle.

1 Aspectos preliminares sobre discricionariedade administrativa

Segundo Queiró (*apud* AMARAL, 2008, p. 107), "o problema do poder discricionário é problema de interpretação", e essa afirmação faz sentido para o Direito Administrativo pois há que se considerar que a norma geral comporta mais de uma solução possível para cada caso concreto, a qual será elegida de acordo com a realidade do momento da decisão. Como já havia modulado Kelsen, a norma se assemelha a uma moldura, que impõe limites externos, mas que, dentro de seus contornos, apresenta várias situações possíveis.

É nesse momento de escolha que reside a discricionariedade administrativa, existente nos casos em que há mais de uma situação revestida de legalidade que pode ser escolhida para o caso

concreto, devendo o gestor eleger a situação, a seu critério, mais razoável ou mais adequada.

Sobre essa escolha, Kelsen pondera (1984, p. 467):

> [...] a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Deve ser frisado, por importante, que a lei não tem necessariamente apenas um sentido. Muitas vezes, ela assume sentidos distintos, conforme o ponto de vista de quem a encara, quando será preciso, então, escolher um deles, pois só com um deles a lei pode ser aplicada, deixando de ser geral e abstrata, repercutindo efeitos jurídicos a terceiros.

Assim, nessa liberdade de escolha entre mais de uma solução, do ponto de vista daqueles que enfrentam a lei que reside no poder discricionário administrativo, o que resulta em outra conclusão preliminar: se a decisão observa o arcabouço, há discricionariedade, se extrapolado, haverá vícios nulos ou anuláveis.

Dentro desta perspectiva de que a norma é uma moldura,

> [...] a norma é obra de um legislador, e seria insensato negar que a este legislador é impossível, material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir, em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos.
> [...] O legislador, para se manter tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas para isso tem de sacrificar... a sua própria qualidade de legislador (QUEIRÓ, 1940, p. 21 e 26).

Resta claro, portanto, que a norma não deriva nem resulta da interpretação. A norma é abstração e existe antes da inter-

pretação. A clareza da lei resulta justamente da sua interpretação. Sob o espectro da discricionariedade, ao interpretar textos legais para a tomada de decisões administrativas, deles se extrai o sentido que, ao intérprete, soe mais razoável para dada situação, de modo que o mesmo texto legal, para situação diversa, poderá ter conclusão distinta.

É com amparo nessa percepção – de que a interpretação é quase personalíssima – que o controle da discricionariedade administrativa compete verificar, se, no caso concreto, a solução de aplicação escolhida pelo agente administrativo dotado de poder decisório foi razoável ou não.

Dessa maneira, não cabe ao agente controlador emitir juízo de valor sobre a solução que lhe pareça a mais razoável, sob pena de extrapolar os limites de sua função, que não é a de administrar, fazer escolhas e tomar decisões em situações concretas, mas, tão somente, controlar e, em certos casos, como no Poder Judiciário, julgar, se conectando, essa separação, "*directamente con el principio de división de poderes y las funciones que a cada uno de ellos le han sido atribuidas constitucionalmente*", como dito por Tamayo (2016).

É incompatível com o Estado Democrático de Direito a existência de uma Administração Pública que não possa ter seus atos controlados, tampouco pode haver, dentro deste sistema institucional, uma Administração Pública onde não haja segregação de funções de administrar e julgar/controlar, de sorte que, quando não há observância aos limites funcionais de cada agente, o administrador deixa de buscar, dentro da legalidade, a solução de aplicação mais razoável e que atenda ao interesse público, em razão da insegurança jurídica decorrente da ausência de garantia de que o agente de controle ou o juiz agiria da mesma forma.

No mesmo sentido, defende Sesín que

> Desde una perspectiva práctica, la comunidad no acepta un tribunal que decida los complejos problemas administrativos con valoraciones subjetivas sobre lo que estime más conveniente. El método jurídico, por el contrario, es fundamentalmente garantía de objetividad, explicación y justificación razonada en base al orden jurídico vigente.

É justamente nessa sintonia entre as funções que deve se desenvolver a atividade administrativa, inclusive porque, em razão da hipertrofia do Estado e do número cada vez maior de necessidades a serem atendidas, a lei, com vistas a permitir a fle-

xibilidade indispensável à concretização dos interesses públicos[1], pode traçar o comportamento dos agentes de modo que remanesça algum grau de liberdade ao agente administrativo, diante do caso concreto, permitindo-lhe integrá-la com seu juízo subjetivo (CHAIB, 2008, p. 37).

Essa possibilidade de escolha é a discricionariedade administrativa: dentro de cada caso concreto, haverá a apreciação subjetiva na escolha do comportamento que melhor atenderá aos ditames da lei e, principalmente, à consecução do interesse público. As vicissitudes de cada situação peculiar devem ser analisadas na escolha do ato a ser emanado, devendo constar as razões de decidir do agente, compondo seu arrazoado de justificativas.

Em contraponto com a legalidade, a discricionariedade é uma maneira de delimitação de competência, à medida que é necessária para a satisfação dos interesses sociais, especialmente nos dias de hoje, em que o Estado do Bem-estar social reclama interesses difusos e coletivos bastante heterogêneos.

Não é, senão, uma ferramenta jurídica para que se atinjam os fins demarcados na lei. Noutras palavras, é o que se desenvolve dentro da moldura sem transpassá-la, de forma que o sistema jurídico rechaça deslindes de discricionariedade que as coloque fora dos domínios da lei, de modo que,

> La ley debe decir se el Poder Ejecutivo puede actuar y, a su vez, reconocerle el grado de libertad. Es decir, el carácter discrecional nace de modo expreso o implícito del marco jurídico y con ciertos límites. [...] el legislador establece cual es el campo de discreción o libertad por silencio o mandato expreso y, además, cuáles son los límites. (BALBÍN, 2018, p. 217)

Nesse sentido, Fiorini (*apud* CHAIB, p. 38)

> El sujeto de la administración, sea encumbrado o modesto administrador público, realizará la actividad discrecional, como órgano integrante de la administración administración, en el ejercicio de su función de ejecutor y realizador de la norma jurídica. Como órgano de la administración ejecutará siempre la ley tengo o no facultades discrecionales. El simple hecho de que se halle investido de la discrecionalidad

[1] No mesmo sentido, Tamayo (2016): "[...] debe admitirse también que en un contexto de crisis del Estado de Bienestar, ya no se exige solamente a la Administración -y, en todo caso, se halla marcadamente menguada-, una actuación prestacional, dadora directa de bienes y servicios sino, por sobre todo, una gestión por objetivos, económica, eficiente y eficaz en su ejercicio".

> no lo coloca en situación distinta al de simple y puro realizador de la ley en la administración.

Dentro da teoria da discricionariedade administrativa, é usual que se traga à baila a existência de conceitos jurídicos indeterminados, concepção nascida na Alemanha ainda no século XIX, tendo como fundamento a problemática da ambiguidade e imprecisão das palavras, vez que o Direito se perfaz da linguagem natural para descrever e regular a conduta humana mediante suas normas.

A utilização dos conceitos jurídicos indeterminados não se presta para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas, tendo como destino um ponto que relaciona princípios e regras, motivo pelo qual é dotado de significados axiológicos.

Desse modo, contrapondo-se ao conceito preciso, os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos ou amplos, comportando grande margem para o exercício regular da discricionariedade administrativa.

O exercício da potestade discricionária é que faz emergir os juízos de oportunidade que, conforme leciona Mello (1991, p. 288), compõem o caminhar lado a lado da discricionariedade e da apreciação subjetiva.

A apreciação subjetiva é, ao fim e ao cabo, o que se tem como interpretação, inclusive por decorrência dos conceitos jurídicos indeterminados anteriormente referidos, exegese já analisada também pela doutrina de Mello (1991, p. 290),

> Pela interpretação o intérprete se apodera da finalidade, sentido e conteúdo preexistentes na norma. Eis, pois, que por via de exegese apenas são franqueadas as portas para a intelecção do que já existia. A realidade apoderada é um dado externo ao sujeito que a persegue, por ser interna ao objeto perseguido. Nos casos de discricionariedade, o administrador também interpreta, mas não se esgota nisto sua função. Primeiramente necessita realizar o tipo de operação racional a que se acaba de aludir. Concluído o iter interpretativo, defronta-se com possibilidades plúrimas, justamente pelo fato de a norma admitir soluções múltiplas, suscetíveis quaisquer delas de dar implemento à finalidade proposta e satisfação à vontade legal adrede mantida em um certo grau de indeterminação pelo legislador.

Esse norte também foi outrora apontado por Kelsen (1984, p. 467), para quem a interpretação é a fixação cognitiva do sen-

tido do objeto a interpretar, de modo que o resultado de uma interpretação jurídica importa em reconhecimento da moldura que representa o Direito e o conhecimento das várias possibilidades cabíveis dentro dessa mesma moldura.

Assim, a interpretação da lei não deve importar em apenas uma solução tida como correta, mas várias soluções que têm igual valor, e é justamente quando ocorre essa possibilidade de existir mais de uma conduta jurídica válida, sem que qualquer uma seja prevalente sobre a outra, que se pode identificar a intersecção entre conceitos indeterminados e discricionariedade, cabendo à hermenêutica a escolha de uma significação dentre as possíveis.

Mesmo reconhecendo que a existência de conceitos indeterminados não se limite ao Direito Administrativo, Enterría (1989, p. 38) desenvolveu importante doutrina sobre o tema, aduzindo que,

> [...] de esto modo la aplicación de estos conceptos será justamente un caso de aplicación de la ley. Por ello el proceso de constatación de si un concepto jurídico indeterminado se cumple o no se cumple, no puede ser nunca un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad, sino un proceso de juicio o estimación [...]. es un proceso de aplicación e interpretación de la ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es en definitiva, lo propio de las facultades discrecionales.

Convém destacar que essa visão adotada por Enterría importa em reconhecer a possibilidade de o Poder Judiciário averiguar a exata aplicação dos conceitos pela Administração.

É o que reconhece, também, Di Pietro (2016):

> O emprego, nas normas legais, de termos com sentido indeterminado (como urgência, interesse público, moralidade, utilidade pública, perigo iminente, notório saber e tantos outros), que inicialmente era entendido como outorga de discricionariedade à Administração Pública, passou a ser visto de outra forma: tratando-se de *conceitos jurídicos* (já que empregados pelo legislador), eles são passíveis de *interpretação* e, portanto, abertos à apreciação pelo Poder Judiciário, como intérprete da lei em última instância. Daí a conhecida frase: a discricionariedade administrativa começa quando termina o trabalho de interpretação. Por outras palavras, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados

> não pode, por si, servir de limite à apreciação pelo Poder Judiciário [...]

Distintamente, Queiró (1946, p. 63) não admite essa ingerência, ao afirmar que existe um limite que terceiros alheios à Administração nunca podem ultrapassar: o da exatidão ou não exatidão da conclusão atingida. Para ele, portanto, discricionariedade nada mais é do que uma faculdade de escolha entre várias significações contidas em um conceito normativo prático, relativo às condições de fato do agir administrativo, escolha feita, com efeito, dentro dos limites da lei.

Uma via moderada de ação é dada pela doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual a discricionariedade nem sempre e necessariamente decorre das imprecisões conceituais, de maneira que não advirá da possibilidade de escolha entre duas ou mais interpretações, devendo ser considerada a abstração normativa. Por esse entendimento também é acompanhado por Di Pietro (2016), que defende uma mitigação para a interpretação do conceito, aliada ao exame da matéria de fato em cada caso concreto, o que pode afastar ou não a discricionariedade.

Nessa toada, para Mello (1993, p. 24-43), a discricionariedade surgiria quando, segundo critérios de razoabilidade e no confronto com o caso concreto, não se pudesse afirmar com objetividade qual a solução ótima é capaz de atingir a finalidade da lei, dado que pelo menos dois pontos divergentes seriam igualmente admissíveis.

Sob essa ótica, nem todos os conceitos indeterminados estão abrangidos pela discricionariedade, apenas aqueles conceitos cuja indeterminação não possa ser teoricamente determinável, a depender da determinação subjetiva individual. Noutro giro, se os pressupostos referidos contiverem conceitos de valor, os critérios a serem adotados pelas autoridades administrativas serão sempre e necessariamente discricionários.

Houve, decerto, uma evolução acerca da discricionariedade administrativa, a partir de sua visualização original, como um bastião irredutível de controle da atividade do órgão executivo, experimentando, a partir daí, uma evolução nas técnicas de controle (TAMAYO, 2016)[2]

---

[2] Prossegue afirmando o autor: [...] A partir de ese hito, la admisión del control judicial de la actividad administrativa se ha erigido en un presupuesto indiscutible del Estado Constitucional y Social de Derecho, aunque variando las técnicas y los criterios respecto a la densidad con que debe ejercerse en la Europa continental, fundamentalmente en Alemania y en España.

> [...] a premissa de que, ante a presença de conceitos plurissignificativos na dicção legal, a consequência será sempre a aparição de discricionariedade. Ou seja, este juízo lógico: conceitos plurissignificativos (premissa maior) - caso concreto (premissa menor) - discricionariedade (consequência) não é absoluto. (Mello apud CHAIB, 2008, p. 51)

Muitas vezes, portanto, mais uma intelecção será razoavelmente comportada e o juiz terá que ponderar qual delas, ao seu critério, responde mais satisfatoriamente à finalidade abrigada na lei ou no ordenamento jurídico de forma sistêmica, dado que a função jurisdicional consiste justamente em "dizer o Direito" no caso concreto, de modo que as decisões judiciais são o que a lei, naquele caso, determina que sejam.

Vez tratando-se de decisões do administrador, se se tem conceito vago, este demandará sua interpretação, ressaindo a intenção do legislador em estabelecer que o gestor realize juízo de valor, de modo que quando o próprio ordenamento outorga a possibilidade de eleição dentre várias opções possíveis e igualmente válidas para o Direito, a Administração utiliza-se da discricionariedade em prol do melhor ou mais útil solução para o atendimento do interesse público.

De acordo com a doutrina argentina (BALBÍN, 2018, p. 232),

> Los jueces controlan fuertemente los antecedentes fácticos y el contexto procedimental; sin embargo, respecto de la interpretación y la discrecionalidad del acto, el control as más atenuado, salvo el cumplimiento de los principios generales (razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y no discriminación).

Em termos absolutos e de acordo com o que expusemos até agora, entendemos que não há, para o Poder Judiciário ou para o órgão de controle, total inserção na análise do mérito administrativo, pois, ao final, apenas uma significação será pertinente no caso concreto, o que vincula o juiz a uma só conduta.

Sorte diversa, contudo, acontece com a Administração Pública, dada que a discricionariedade administrativa é, de fato, um poder inerente à prática dos atos administrativos, executados com base em critérios de oportunidade, mérito e conveniência.

Como pontuou Sesín,

> El Estado confía al juez el cometido de declarar razonadamente la voluntad concreta de la ley que vincula el mundo de los hechos con el bloque de juridicidad

> en forma hipotética y abstracta. La actividad cognoscitiva que precede a su pronunciamiento importa una facultad de raciocinio común a todo intérprete, pero una vez deducida la conclusión, entonces impone el sello de la autoridad del Estado.
> [...]
> En definitiva, el juez no administra ni legisla, interpreta el orden jurídico existente y sólo excepcionalmente tiene amplias facultades para explicitar el derecho en el caso concreto. Distinto es lo que sucede cuando el ordenamiento le pide primero a la Administración que interprete y/o complete el concepto en su concreción práctica, por cuanto la Administración tiene una herramienta de la que el juez carece y que llama discrecionalidad (selección de una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho).

Dessa maneira, ao nos aproximar da corrente doutrinária capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, sustentamos que a análise do caso concreto, mediante a interpretação do conceito jurídico indeterminado, é que afastará ou não o controle do ato administrativo discricionário, sendo, portanto, uma compreensão mitigadora dos entendimentos extremos e opostos anteriormente referidos.

Portanto, a Administração Pública permanece dotada de uma margem de apreciação para aplicar e interpretar os conceitos jurídicos indeterminados, especialmente envolvendo os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da motivação, de forma que ainda permanece incólume a utilização do mérito administrativo sempre que a lei deixar para a Administração a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas válidas perante o Direito, sendo considerados, na escolha do caso concreto, critérios de oportunidade, mérito e conveniência que escapam ao controle.

2 A Lei nº 13.655/2018 e discricionariedade na edição do ato administrativo

Após a análise preliminar sobre a discricionariedade administrativa, já estando assentada ausência de controle total sobre o mérito administrativo, cumpre-nos analisar os limites da própria discricionariedade, detidamente a partir da edição da Lei nº 13.655/2018, que introduziu à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB[3] disposições prevendo regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do di-

[3] http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm

reito público, sendo sua interpretação voltada aos temas de direito público.

Há que se reconhecer que essa inovação legislativa buscou, de certa maneira, impor limites à ingerência do Poder Judiciário e dos órgãos de controle à atividade administrativa[4], só que de forma reversa: impondo, ao gestor, a compulsoriedade de observância de alguns elementos na prática do poder discricionário, refletido na edição de atos administrativos, intentando imprimir maior segurança jurídica à atuação da Administração Pública.

Como salientado por Di Pietro (2016), "foi sendo ampliado o controle externo, com redução da liberdade da Administração Pública decidir no caso concreto qual a melhor solução a adotar, segundo critérios de mérito" e, conforme a autora, já há quem defensa que "não mais é possível falar em mérito como limite ao controle pelo Poder Judiciário", dado que "houve mais essa redução da discricionariedade administrativa, pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário pode interpretar os chamados conceitos jurídicos indeterminados".

A Lei introduziu dez artigos ao Decreto-Lei nº 4.657/1942, de modo que iremos analisar apenas aqueles que tenham conteúdo que faça intersecção com a discricionariedade administrativa aqui estudada, especialmente na prática dos atos administrativos emanados pela Administração Pública *stricto sensu*, pois é importe asseverar que as inovações da Lei referida também se estendem aos órgãos de controle e ao Poder Judiciário. Nestes termos, analisaremos os artigos 20, 22 e 30 que a Lei nº 13.655/2018 incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

2.1 O artigo 20 e a busca pela segurança jurídica

Considerando que a edição da Lei em comento visa a reduzir práticas que resultem em insegurança jurídica na atividade estatal, o artigo 20[5] positivou o alcance do que tratamos anteri-

---

4 Sobre essa intenção legislativa, convém ressair que o controle da administração sempre foi um assunto polêmico e recorrente, inclusive no período da Revolução Francesa propagou-se a máxima de que "julgar a administração é administrar".

5 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

ormente como os conceitos jurídicos indeterminados, relativamente quando impôs a vedação à emissão de decisão com base em valores jurídicos abstratos, buscando afastar a incidência de normas jurídicas indeterminadas, as quais podem admitir diversas hipóteses interpretativas e, portanto, mais de uma solução. Com isso, impõe-se o dever de motivações a partir de elementos idôneos coligidos no processo administrativo as consequências práticas de sua decisão[6].

Para Justen Filho (2018), a proliferação de normas principiológicas acarreta a elevação do grau de indeterminação jurídica. A generalidade e a proliferação de princípios geram incerteza quanto à solução apropriada para uma situação concreta. Mais precisamente, a multiplicidade de princípios dá oportunidade à multiplicidade de soluções decisórias.

Como segue pontuando o autor supramencionado, no Direito Público, e aqui se direciona especialmente ao Direito Administrativo, tem-se verificado que, por diversas vezes, são invocadas fórmulas verbais destituídas de conteúdo determinado e que podem conduzir a resultados distintos.

Toda decisão fundada em normas gerais e abstratas pressupõe um processo de ponderação relacionado de modo inafastável com o universo fático existente. Isso exige considerar as consequências práticas de uma decisão, inclusive para evitar a consumação de danos irreparáveis aos próprios valores invocados como fundamento para decidir.

Assim, a finalidade do artigo 20 foi reduzir este subjetivismo com a obrigatoriedade de análise do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade.

Deve ser assinalado que o artigo não veda – e nem poderia vedar – a utilização dos valores abstratos ou conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da tomada de decisão, mas determina que, na realidade fática, seja analisada a concretização das circunstâncias no caso concreto.

Com visão mais alargada sobre o conceito de valores jurídicos abstratos, a Lei em questão buscou mitigar a força normativa dos princípios – valores jurídicos abstratos por excelência –, posto que, muitas vezes, o Poder Judiciário se socorre dessas imprecisões filosófico-jurídicas para impor condenações à Administração ou controlar o mérito das decisões administrativas.

---

6 Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf

Assim, de forma pragmática, a Lei quis tolher, de certa maneira, o ativismo judicial em matérias envolvendo implementação de direitos, através da introdução de uma condicionante para a força normativa dos princípios: eles somente podem ser utilizados para fundamentar uma decisão se o julgador considerar "as consequências práticas da decisão", de acordo com o texto positivado.

Intencionou, ainda, regulamentar a própria discricionariedade, à medida que impôs algumas avaliações prévias à tomada de decisões:

> A previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado.
> Como observado, o valor em sua dimensão abstrata comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada.
> (JUSTEN FILHO, 2018).

O parágrafo único do art. 20, ainda, impõe o dever de motivação a partir da comprovação de necessidade e adequação, que nada mais é do que a juridicidade do valor abstrato conhecido como princípio da proporcionalidade[7].

3.1 O *caput* do artigo 22 e a interpretação das normas

O art. 22[8] é destinado à interpretação das normas referentes à gestão pública, impondo que se considere – quando do controle do ato administrativo – não apenas a literalidade das regras que o administrador tenha eventualmente violado, mas também as dificuldades práticas que ele enfrentou e que possam justificar esse descumprimento.

O grupo de juristas que auxiliou na elaboração do anteprojeto assim justificou esta previsão legal[9]:

---

7 Convém assinalar que Justen Filho, ainda sobre a análise do artigo 20, afirma que deve ser consagrada, portanto, a análise da proporcionalidade, que ele classifica em proporcionalidade-adequação, proporcionalidade-necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

8 Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

9 https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf

> [...] a norma em questão reconhece que os diversos órgãos de cada ente da Federação possuem realidades próprias que não podem ser ignoradas. A realidade de gestor da União evidentemente é distinta da realidade de gestor em um pequeno e remoto município. A gestão pública envolve especificidades que têm de ser consideradas pelo julgador para a produção de decisões justas, corretas.
> As condicionantes envolvem considerar (i) os obstáculos e a realidade fática do gestor, (ii) as políticas públicas acaso existentes e (iii) o direito dos administrados envolvidos. Seria pouco razoável admitir que as normas pudessem ser ignoradas ou lidas em descompasso com o contexto fático em que a gestão pública a ela submetida se insere.

Exige-se, portanto, um ônus argumentativo de competência do controlador, que deve levar em consideração, antes da aplicação de qualquer sanção e/ou decisão impositiva, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor público, bem como as exigências das políticas públicas que estão sendo desenvolvidas, dado que controladores deram andamento a processos sancionadores com base em suas próprias convicções e juízos (MARQUES NETO e FREITAS, 2019, p. 57).

Para Eduardo Jordão (2018a),

> A mais direta e evidente consequência da previsão legislativa é a necessidade do controlador se envolver em um diálogo com o gestor [...] Precisa atentar para as dificuldades por ele vivenciadas. Caso as dificuldades não tenham sido explicitadas na motivação do ato – ou caso se trate de controle de uma suposta omissão –, caberia ao controlador requerê-las do gestor, para fins de aplicar adequadamente o controle.

A realidade imposta pelo artigo 22 impõe que, em um contexto de indeterminação jurídica concreta, o controlador se limite a avaliar a razoabilidade da escolha interpretativa, dentre outras juridicamente possíveis, uma vez que se trata de discricionariedade, realizada pelo administrador público. Assim, o julgador "deverá *prestar deferência*[10] a esta escolha interpre-

[10] A teoria da referência que se deseja inaugurar com as disposições deste artigo é comumente utilizada em países estrangeiros e tem, no Direito Americano, o exemplo da doutrina Chevron, na qual existem os "dois passos" da formulação mais básica de Chevron: no primeiro, o controlador verifica se há indeterminação ou ambiguidade legislativa a propósito de uma questão específica; no segundo, havendo esta indeterminação, o controlador se limita a verificar a razoabilidade ou "permissibilidade" da interpretação

tativa *razoável* da administração, mesmo que ela não corresponda à escolha interpretativa específica que ele próprio (controlador) faria, se coubesse a ele a interpretação em primeira mão" (JORDÃO, 2018b). Noutras palavras ditas por Marques Neto e Freitas (2019, p. 57), "o exercício do controle deve ser orientado, por soluções pragmáticas, predicadoras da avaliação do contexto no qual a conduta examinada foi praticada".

Sobre o art. 22, ressalta-se que a exigência do primado da realidade deve ser alertado, na nossa visão, que essa possibilidade não pode importar em que a realidade supere o Direito, de maneira que se as circunstâncias de cumprimento da lei forem muito penosas, pode-se questionar os requisitos, sob pena de um eterno questionamento da lei, sem que seus desígnios se cumpram, destaque tempestivo realizado por Irene Nohara[11].

2.1.1 A aplicação do *caput* do art. 22 e o (perigoso) controle do mérito administrativo

É imperioso destacar que, muito embora se reconheça o esforço do legislador em impor uma aproximação entre o administrador público, o Poder Judiciário e os órgãos de controle, a redação do *caput* do artigo 22 traz um perigo em suas entrelinhas: a positivação da possibilidade da realização do controle sobre o mérito administrativo, ou seja, da própria discricionariedade.

Dentro do desenho natural do que se espera para o Estado Democrático de Direito, o ato administrativo, quando objeto de avaliação pelo Poder Judiciário ou órgão de controle externo, só terá como requisito avaliado a legalidade na sua edição. Essa é a concepção natural do controle.

O novo dispositivo, contudo, dispõe que na interpretação de normas sobre gestão pública o julgador ou controlador considere "os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo", devendo ser avaliadas as circunstâncias práticas que houver imposto, limitado ou

adotada pela administração pública. É exatamente o procedimento sugerido anteriormente, em interpretação ao art. 22. Em um primeiro passo, o controlador verifica se a "dificuldade jurídica" é real. No segundo passo, sendo real esta dificuldade jurídica, o controlador se limita a verificar a razoabilidade da escolha interpretativa realizada pela administração pública. Artigo completo do autor disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/o-art-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico)

11 NOHARA, Irene. Proposta de alteração da LINDB (projeto 349/2015) https://direitoadm.com.br/proposta-de-alteracao-da-lindb-projeto-349-2015/

condicionado à ação do agente, que, dentro de uma perspectiva administrativista, pode consubstanciar-se em análise do próprio mérito administrativo.

Inaugura-se, além de novo parâmetro de análise da validade que até então estava fora de apreciação nas esferas do controle externo ou judicial, um perigo iminente de que se admitia completa ingerência destes atores na discricionariedade administrativa, ao argumento de encontrar amparo legal para a valoração do administrador, haja vista que o dispositivo tem o condão de ampliar os limites do controle sobre o ato administrativo.

A partir desta constatação, reforçamos nosso entendimento que a discricionariedade administrativa e a análise do próprio mérito administrativo são poder exclusivo de quem praticou a conduta, não cabendo ao controle externo nem ao Poder Judiciário realizar controle de mérito, ainda que o artigo aqui analisado estenda os critérios para a análise do ato administrativo.

A interpretação sobre "os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo", bem como "as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente", do artigo 22, não podem confundir-se com permissibilidade legislativa para análise do mérito por via reflexa da legalidade.

2.2 O artigo 30 e normatização interna

Confirmando a intenção do legislador em dotar a Administração Pública de mais segurança jurídica, afastando o controle da discricionariedade na edição de atos administrativos, o artigo 30[12] da Lei em comento previu a possibilidade de edição de regulamentos ou súmulas administrativas que determinem uma interpretação específica, diminuindo a insegurança jurídica dos gestores e afastando o controle externo em assuntos que são *interna corporis* da Administração.

Para Moreira e Pereira (2018), o artigo em apreço

> [...] diz respeito ao *dever de instauração da segurança jurídica* por meio do aperfeiçoamento do desenho institucional da ordem normativa. Dever público

[12] Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.
Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

> normativamente atribuído, de modo imediato, primário e vinculante, pela própria LINDB, a todas as autoridades públicas que profiram decisões e manejem casos de Direito Público.

A prática de seguir precedentes que norteia a interpretação do artigo 30 apresenta-se como princípio central no processo de tomada de decisão, o qual tem por objetivo a tutela dos valores da racionalidade, da imparcialidade, da igualdade formal, no momento da reconstrução da decisão e, consequentemente, em harmonia com os artigos 20 e 22 anteriormente tratados, busca eliminar a alegação de utilização reiterada de conceitos jurídicos indeterminados ou valores jurídicos abstratos para decidir, bem como impõe, com os precedentes, controle à eventual pretensão ao controle do próprio mérito, à medida que, através da normatização interno-administrativa, deriva-se a segurança jurídica e a liberdade que afastam tais ocorrências.

Sob esta visão sistêmica, a atividade decisória assume o papel de favorecer a legitimidade do sistema democrático, ao devolver à sociedade normas jurídicas vinculantes e estáveis, pois se o Estado de Direito tem como fundamento a verdadeira proibição ao *venire contra factum proprium*, de como que se qualificam e legitimam as decisões da própria Administração (MOREIRA E PEREIRA, 2018).

Conclusão

A discricionariedade administrativa enquanto poder jurídico (dada sua limitação à legalidade) foi sofrendo alterações e evoluções ao longo da concretização do Estado Democrático de Direito por razões que envolvem a elaboração pretoriana da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes, pelo nascimento e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados ou valores jurídicos abstratos, pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, e pelo exercício do controle fortemente inclinado aos atos de gestão, de maneira que houve a ampliação do controle externo sobre os atos da Administração Pública, especialmente pelo Poder Judiciário, o qual passou a examinar aspectos que antes eram vistos como integrantes do *mérito administrativo e, por essa razão, de competência do administrador quando da tomada de decisão, após valoração, no caso concreto*.

Dentro desse cenário, e com o aumento crescente da análise, pelo Poder Judiciário, de assuntos intrínsecos à realidade da Administração, inclusive emitindo juízo de valor sobre as ações

e especialmente as omissões dos gestores, editou-se a Lei n.º 13.655/2018, impondo, nos pontos aqui analisados, uma atividade mais responsável por parte dos órgãos de controle e pelo Poder Judiciário, por meio do estabelecimento de novos parâmetros interpretativos para os decisores no âmbito do Direito Público.

A Lei reflete a necessidade de se conferir maior segurança para a atuação dos gestores, bem como afastar que o controle, seja externo ou judicial, se invista na qualidade de administrador, tomando decisões e se imbuindo na missão de administrar, em total descompasso com a independência funcional.

Destarte, embora se reconheça o inegável avanço na proteção do administrador e na inauguração de uma nova sistemática hermenêutica para o Direito Público, devemos alertar que, não obstante a segurança jurídica almejada pelo artigo 20 e a normatização interna do artigo 30, estes artigos devem estar em constante observância e harmonia, para que o artigo 22 não seja usado, ao argumento da permissibilidade do dispositivo, que se adentre, de maneira indevida, na análise do mérito administrativo.

Com certeza, esse fim não foi o perseguido pelo legislador e devemos estar atentos para que não ocorra, sob pena de se acabar em definitivo com a função administrativa do Estado e da própria atividade administrativa, e, em consequência, com o próprio princípio da separação de poderes, chegando-se próximo do chamado governo dos juízes.

Deve ser reconhecido, portanto, o intuito da legislação em impor condutas a serem observadas pelo administrador, em prol de sua segurança da Administração e dos administrados, como forma de regular a discricionariedade na edição do ato administrativo, mas não apenas como um fim em si mesmo, mas como modo de proteger e blindar a Administração de controle indevido sobre a discricionariedade e sobre o próprio mérito administrativo.

Referências

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Teoria do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BALBÍN, Carlos F. **Manual de Derecho Administrativo**. La Ley, Buenos Aires, 2018.

CHAIB, Liana. O princípio da propor-cionalidade no controle do ato administrativo. São Paulo: LTr, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988****. São Paulo: Atlas, 2001.***

_____. Limites do controle externo da administração pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Disponível em http://genjuridico.com.br/2016/03/22/limites-do-controle-externo-da-administracao-publica-ainda-e-possivel-falar-em-discricionariedade-administrativa/**

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. **La lucha conta las imunidades del poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. Madri: Civitas, 1989.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB. **Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro.** Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018a. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650

_____. **Art. 22 da LINDB e as dificuldades jurídicas do gestor público.** Disponível em http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Eduardo-Jordao/o-art-22-da-lindb-e-as-dificuldades-juridicas-do-gestor-publico, 2018b.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas.** Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648/74311

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **Comentários à Lei nº 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Coimbra: A. Armado, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MOREIRA, Egon Bockmann; PEREIRA, Paula Pessoa. **Art. 30 da LINDB O dever público de incrementar a segurança jurídica.** Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 243-274, nov. 2018. Disponível em http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77657

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A teoria do "desvio de poder" em Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo. São Paulo, 1946.

_____. **Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em direito administrativo**. Coimbra: Coimbra Ed, 1940.

SESÍN, Domingo Juan**. El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política**. LA LEY2003-E, 1264 - LLP 2003, 01/01/2003, 1231.

TAMAYO, Gustavo E Silva. **Algunas breves reflexiones en torno a la discrecionalidad administrativa y su control judicial**. El Derecho Administrativo, Vol. 2016, págs 518-535.

Inaplicabilidade de licitação à luz da Lei das Estatais: rol exemplificativo ou taxativo?

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

RESUMO

O objetivo deste artigo é expor e avaliar se o rol existente na Lei 13.303/2016, denominada Lei das Estatais, para a não incidência, também chamada de inaplicabilidade, do regramento licitatório é exemplificativo ou taxativo, vale dizer, busca-se verificar se somente pode afastar o regramento licitatório nos casos expressos em lei ou se o caso concreto, ainda que não se enquadre ao comando legal, pode levar à inaplicabilidade das regras atinentes à licitação. É visto, valendo-se de doutrinas e jurisprudências sobre o tema, que as empresas estatais não mais estão submetidas à Lei 8.666/93, possuindo regramento de licitação próprio, qual seja, o artigo 28 e seguintes da Lei 13.303/2016. Com efeito, após a Emenda Constitucional nº 19/98, ocorreu uma salutar cisão entre a Administração Pública direta e as empresas estatais que exploram atividade econômica. Essas se submetem ao regramento privado e devem ser competitivas no mercado, apesar de que, em regra, precisem licitar para contratar com terceiros. Bem por isso, previram-se na Lei das Estatais hipóteses de inaplicabilidade de licitação, quais sejam, venda de produtos ou prestação de serviços e parcerias empresarias. Contudo, observou-se que a complexidade empresarial nem sempre se adequa com perfeição a estas previsões legais, porém a licitação é um óbice para o atingimento empresarial. E, assim sendo, concluiu-se que o rol deve ser entendido como exemplificativo, a despeito da leitura rasa da lei expressar o contrário, pois o contexto fático pode ser incompatível com a licitação.

Palavras-chave: Inaplicabilidade. Parceria. Atividade-fim. Exemplificativo.

ABSTRACT

The purpose of this article is to expose and evaluate if the existing list in Law 13.303 / 2016, called State Law, for the non-incidence, also called inapplicability, of the bidding rule is exemplary or exhaustive, that is, it seeks to verify if only It may rule out the bidding rules in the cases expressed by law or if the specific case, even if it does not fit the legal command, may lead to the inapplicability of the rules related to the bidding. It is seen, using doctrines and jurisprudence on the subject, that state-owned companies are no longer subject to Law 8.666 / 93 having their own bidding rules, namely Article 28 et seq. Of Law 13.303 / 2016. In fact, after Constitutional Amendment No. 19/98, there was a healthy split between direct public administration and state-owned enterprises that exploit economic activity. These are subject to private regulation and must be competitive in the market, although, as a rule, they must bid to contract with third parties. For this reason, it was foreseen in the State Law hypothesis of inapplicability of bidding, that is, sale of products or rendering of services and business partnerships. However, it has been observed that business complexity does not always perfectly match these legal provisions, but bidding is an obstacle to business achievement. Therefore, it was concluded that the role should be understood as exemplary, despite the shallow reading of the law expressing the opposite, because the factual context may be incompatible with the bidding.

Keywords: Inapplicability. Partnership. End activity. Exemplary.

Introdução

O propósito deste trabalho é expor e avaliar se o rol existente na Lei 13.303/2016 para a não incidência, também chamada de inaplicabilidade, do regramento licitatório é exemplificativo ou taxativo, vale dizer, busca-se verificar se somente pode afastar o regramento licitatório nos casos expressos em lei ou se o caso concreto, ainda que não se enquadre ao comando legal, pode levar à inaplicabilidade das regras atinentes à licitação.

Após a Emenda Constitucional nº 19/98 e a promulgação da Lei das Estatais, ocorrida somente em 2016, finalmente as empresas estatais conseguiram regramento próprio, distinto da Administração Pública direta. Este regramento, que veio a disciplinar o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, inovou ao prever hipóteses de inaplicabilidade de licitação.

Essa inovação foi importante, porquanto, ao mesmo tempo em que as empresas públicas e sociedades de economia mista

precisam obedecer às regras sobre prévia licitação, elas precisam também atuar na atividade econômica em competição com empresas privadas, em mercado, por vezes, bastante acirrado.

A Lei 13.303/2016 apresentou duas possibilidades: a prestação de serviços e a venda de produtos e as parcerias empresariais. Contudo, o mercado empresarial é bastante dinâmico e complexo e nem sempre o caso concreto se enquadra nas hipóteses legais.

Nesse cenário, procura-se responder à seguinte indagação: afinal, o rol exposto na Lei das Estatais é taxativo ou exemplificativo?

1 Do contexto normativo vigente

De início, cabe lembrar que, para contratar com terceiros, empresas públicas e sociedades de economia mista devem licitar para contratar com terceiros, conforme preconiza o art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal – CF, que, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98, separou o regime jurídico atinente à licitação da administração direta, autárquica e fundacional, do regime das empresas estatais, sujeitando essas às regras próprias da iniciativa privada.

Bem por isso, as empresas estatais estão subordinadas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, por comando constitucional, conforme art. 173 da CF. E, por isso, embora as estatais devam obediência aos princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, nos termos do art. 37, *caput*, da CF, a hermenêutica deve ser guiada para a necessária divisão entre o regime público, próprio da Administração Pública direta, do regime privado, no qual estão inseridas as estatais.

Marçal Justen Filho (2016, p. 285), ao comentar a cisão constitucional promovida pela EC 19/98, pondera:

> A disciplina do art. 173, § 1º, III, é claramente distinta daquela prevista no art. 37, XXI. As empresas públicas e sociedades de economia mista são sujeitas aos "princípios da Administração Pública", tal como definidos numa lei específica. Já a Administração Pública direta, autárquica e fundacional se subordina a um regime muito mais severo. (...)
> Mais importante do que o argumento relacionado com a alteração da redação é o reconhecimento da inviabilidade da incidência de um regime jurídico único e uniforme para licitações e contratações para a integralidade da Administração Pública.

Na mesma toada, a interpretação deve privilegiar a realidade do mercado em que a empresa estatal está inserida, a prática empresarial, para possibilitar a necessária igualdade de condições entre os competidores.

Em suma, as empresas estatais, ainda que integrantes da Administração Pública, não podem ser tratadas como autarquia ou fundação púbica, pois, efetivamente, não o são. Deve-se ponderar que empresas estatais que atuam em regime de competição necessitam funcionar com agilidade e eficiência, visando, também, ao lucro. Por conta disso, possuem lei própria que deve se adequar à sua realidade, sendo interpretada de maneira mais flexível.

2 Distinção entre dispensa, inexigibilidade e inaplicabilidade

Com efeito, não se pode olvidar que as empresas estatais devem licitar para contratar terceiros, conforme dicção do art. 28, *caput*, da Lei das Estatais. Exceção a essa regra são os casos de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade da Lei.

Nunca é demais explicar, ante a confusão de conceitos, a diferença entre os institutos anteriormente citados que guardam, indubitavelmente, semelhanças, mas possuem diferenças significativas.

As hipóteses de dispensa (art. 29) e de inexigibilidade de licitação (art. 30) da Lei das Estatais, praticamente, com alguns ajustes, repetem as da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), de modo que o que a doutrina e a jurisprudência manifestam sobre essas figuras no regime da Lei de Licitações tem aplicação, guardadas as devidas proporções, no âmbito da Lei das Estatais.

Cabe pontuar que a dispensa de licitação possui rol taxativo, expresso em casos específicos, e que não cabem expansões interpretativas. Já a inexigibilidade possui rol exemplificativo, pois a inviabilidade de competição pode surgir na casuística.

A dispensa de licitação é cabível nas situações em que, embora viável a competição, o certame, em tese, afigura-se objetivamente incompatível com os valores norteadores da atividade administrativa (JUSTEN FILHO, 2014, p. 468). Ou seja, nos casos de dispensa, a licitação, em princípio, seria possível; todavia, algumas razões justificam que se deixe de efetuá-la em nome de outros interesses públicos.

De outra banda, quanto a inexigibilidade de licitação, Marçal Justen Filho (2014, p. 575), em comentários ao art. 25 da Lei 8.666/93 — que permanecem válidos para as contratações diretas no regime da Lei das Estatais —, ensina:

> A inviabilidade de competição também se verificará nos casos em que houver impossibilidade de seleção entre as diversas alternativas segundo um critério objetivo ou quando o critério da vantajosidade for incompatível com a natureza da necessidade a ser atendida. (...) Mas todas essas abordagens são meramente exemplificativas, eis que extraídas do exame das diversas hipóteses contidas nos incisos do art. 25, sendo imperioso reconhecer que nelas não se esgotam as possibilidades de configuração dos pressupostos de contratação direta por inexigibilidade de licitação. (...) Seguindo essa orientação, existem diversas decisões do TCU reconhecendo a inviabilidade de competição mesmo em hipóteses que não se enquadram precisamente nos incisos do art. 25. Reconhece-se a existência de circunstâncias que tornam incompatível a seleção de uma proposta de contratação mediante um procedimento licitatório padrão.

Dessarte, depreende-se que a dispensa e a inexigibilidade são institutos distintos, com amplitude de incidência distinta.

Por sua vez, a inaplicabilidade da lei tem origem em entendimento doutrinário e jurisprudencial consolidado ainda quando as Empresas Estatais se subordinavam à Lei 8.666/93, segundo o qual admite-se o afastamento ou a não incidência das normas licitatórias em situações que, em resumo, a aplicação da lei constitui óbice intransponível à satisfação da necessidade do contratante, especialmente quando a contratação visa ao cumprimento eficiente da atividade finalística da empresa.

Desse modo, a inaplicabilidade de licitação possui fundamento, em princípio, no binômio: atividade finalística e óbice intransponível para o atingimento da satisfação da necessidade almejada. Se a licitação for óbice ao atingimento do objeto desejado e este estiver atrelado ao negócio da estatal, é possível juridicamente sustentar o afastamento das regras atinentes à licitação. É a prevalência do direito privado sobre o público, com a observância da prática empresarial.

No âmbito da doutrina, Marçal Justen Filho (2014, p. 38), um dos mais respeitados doutrinadores sobre licitações e contratos, assim se manifesta sobre a figura da inaplicabilidade da lei:

> (...) A questão não se relaciona propriamente à configuração de algo como atividade-fim ou atividade-meio, mas com a submissão da atividade desempenhada pela entidade integrante da Administração indireta à lógica do mercado e a certos princípios da competição econômica.
> O desenvolvimento de atividades econômicas impõe adoção de práticas uniformes e padronizadas, desen-

> volvidas segundo os usos da atividade empresarial. (...)
> Em suma, quando o Estado se dispuser a atuar no mercado, deverá submeter-se a exigências próprias e características do setor. Um dos pontos fundamentais da organização empresarial, indispensável à obtenção do sucesso econômico, reside na autonomia para organização dos fatores da produção. Essa autonomia pode exigir, em alguns casos, a adoção de práticas informações para seleção da melhor alternativa. Na maior parte dos casos, isso ocorre com as atividades-fim, mas isso não pode ser estabelecido como regra absoluta. Pode haver atividades-fim que comportam contratação mediante prévia licitação, tanto como pode existir atividade-meio que exija solução imediata e destituída de formalidade.
> A ausência de licitação derivará, então, da impossibilidade de obter sucesso na atividade empresarial se for aplicada a licitação, eis que isso eliminará margens de autonomia indispensáveis e inerentes à atuação no mercado. (...)

E da jurisprudência sobre o afastamento da licitação, reproduzem-se os seguintes julgados paradigmáticos do Tribunal de Contas da União (TCU, Acórdão nº 2571/2010, Plenário, e Acórdão 1.854/2009, 2.ª Câm., rel. Min. Raimundo Carreiro):

> 9.1. conhecer da presente Consulta, formulada pelo Exmo. Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, Sr. Eduardo Campos, por atender aos requisitos de admissibilidade de que tratam os arts. 1º, XVII, da Lei n. 8.443/92 e 264 do Regimento Interno/TCU, para responder ao consulente que, enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1°, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei n° 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial, sem olvidarem, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório;
> (...) julgo que (...) não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade negocial da em-

> presa, que atua em mercado onde exista concorrência. (...).
> Dessa forma, a jurisprudência deste Tribunal sobre a não incidência das normas de licitação (...) deve ser aplicada de forma cautelosa, porque constitui premissa lógica dessas decisões, ainda que não mencionadas expressamente, a existência de óbices intransponíveis para a realização das atividades negociais, em função do procedimento licitatório.
> Assim sendo, sempre que a realização da licitação não trouxer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação.
> Exceção a essa regra dar-se-á apenas nos casos em que a observância à legislação mencionada acarrete óbice intransponível à atividade-fim da empresa, hipótese em que poderá ser afastado o seu cumprimento, conforme entendimentos firmados por esta Corte em julgados anteriores, a exemplo da Decisão 663/2002 e dos Acórdãos 1268/2003, 1581/2003 e 403/2004, proferidos pelo Plenário.

É dentro desse cenário que a Lei 13.303/2016 veio, finalmente, a inovar no ordenamento jurídico ao prever situações que o regramento licitatório deve ser afastado:

> Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas e às sociedades de economia mista, inclusive de engenharia e de publicidade, à aquisição e à locação de bens, à alienação de bens e ativos integrantes do respectivo patrimônio ou à execução de obras a serem integradas a esse patrimônio, bem como à implementação de ônus real sobre tais bens, serão precedidos de licitação nos termos desta Lei, ressalvadas as hipóteses previstas nos arts. 29 e 30.
> § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações:
> I - comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais;
> II - nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.
> § 4º Consideram-se oportunidades de negócio a que se refere o inciso II do § 3º a formação e a extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias ou contratuais, a aquisição e a alienação de participação

> em sociedades e outras formas associativas, societárias ou contratuais e as operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente.

Apesar de o § 3º do art. 28 aludir a "dispensadas da observância", anote-se que o dispositivo não cuida, em verdade, de hipótese de dispensa de licitação, tratada no art. 29 da Lei 13.303/2016. Esse § 3º trata de situações que a lei afasta a sua incidência, ou seja, são situações de inaplicabilidade da lei das estatais.

Como anteriormente se vê, o § 3º do art. 28 positivou apenas, de maneira comedida, duas hipóteses de inaplicabilidade da lei.

A primeira hipótese legal é relativa à comercialização de produtos, a obras ou à prestação de serviços pelas empresas estatais relacionadas ao objeto societário. Neste caso, se a empresa estatal estiver atuando diretamente na atividade econômica, de acordo com o seu objeto social, não há que se falar em licitação para prestar serviços ou vender produtos. Nesse caso, a lei das estatais autoriza a desnecessidade de licitação.

A outra situação que a Lei das Estatais autoriza também a inaplicabilidade da licitação é quando ocorrer parcerias empresariais, em especial, quando a escolha do parceiro estiver associada a uma oportunidade de negócios.

Vê-se que a última hipótese, parcerias, é bem ampla, abarcando uma vasta gama de possibilidades para afastamento do regramento licitatório, desde que o negócio esteja atrelado a oportunidades de negócio e haja justificativa para a inviabilidade de procedimento competitivo.

Porém, e se o caso concreto não se enquadrar no comando legal do art. 28, § 3º? Estaria a Empresa Estatal obrigada a observar a integralidade do regramento licitatório?

3 O rol exemplificativo da Lei das Estatais

De fato, uma leitura rasa do art. 28, § 3º, levaria o intérprete a entender que somente existem duas situações para o afastamento do regramento licitatório: no exercício de atividades finalísticas e nas parcerias.

Isso se deve, pois, à literalidade do comando legal que traz a expressão "nas seguintes situações". Não há margem no texto, como faz a hipótese de inexigibilidade de licitação ao mencionar "em especial na hipótese de", para outras situações de inaplicabilidade.

Sobre a interpretação literal, é necessário expor as lições de Carlos Maximiliano (1993, p. 112-166) acerca da hermenêutica jurídica:

> A exegese filológica atinge, apenas, o caso típico, principal; o núcleo, explícito, lúcido, é cercado por uma zona de transição; cabe ao intérprete ultrapassar esse limite para chegar ao campo circunvizinho, mais vasto, e rico de aplicações práticas. (...) porque a linguagem, embora perfeita na aparência, pode ser inexata; não raro, aplicados a um texto, lúcido à primeira vista, outros elementos de interpretação, conduzem a resultado diverso do obtido com o só emprego filológico. (...) Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo.

Dentro dessa visão interpretativa, se o caso concreto não for compatível com a licitação, parece possível sustentar o afastamento do regramento licitatório, pois cabe ao intérprete ir além do comando legal quando estiver em uma zona cinzenta, tal como são os casos que tratam sobre inaplicabilidade de licitação.

Destarte, será que os exemplos, inovadores na legislação pátria para a atividade empresarial, ao conferir maior segurança jurídica nas relações empresariais, são suficientes para abarcar todas as situações em que a licitação não se traduz no melhor caminho para a satisfação de uma necessidade da estatal? Em outros termos, será o rol taxativo ou meramente exemplificativo?

Entende-se que a lei, ao não abarcar todas as situações que levem ao afastamento do regramento licitatório, deve ser compreendida como meramente exemplificativa. Isso porque a dinâmica de mercado ou outras peculiaridades do trato a ser firmado, com nítida característica privada, por exemplo, pode dar azo ao afastamento dos ditames licitatórios da contratação.

Um dos exemplos é o comodato, disciplinado pelo art. 579 e seguintes do Código Civil, outra hipótese, além das postas na Lei das Estatais, que pode viabilizar o afastamento licitatório. Se uma empresa estatal realiza um empréstimo gratuito não fungível de um bem para terceiro, não há que se falar em licitação.

A não incidência licitatória se dá, pois, neste tipo de empréstimo gratuito, não é, a rigor, tratado no regramento

licitatório, pois não se está diante de uma locação nem alienação, tampouco a implementação de um ônus real, tal qual tratado na Lei das Estatais. Não há previsão no Estatuto Jurídico acerca do comodato. E como não há, não se aplica a legislação em comento (SAMPAIO, 2018, p. 86).

Ventila-se, por oportuno, também a hipótese de contratações realizadas no exterior que devem observar a lei estrangeira, diante do disposto no art. 9.º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o qual determina que, "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem".

Ora, se a empresa estatal irá contratar no estrangeiro, sem bens ou serviços prestados no Brasil, dentro de normas alienígenas que regem obrigações naquele outro país, resta evidenciada a inviabilidade fática e jurídica em se aplicar a legislação brasileira à contratação no exterior, revelando-se, desse modo, outra situação que dá azo à inaplicabilidade das normas da Lei 13.303/2016.

Na Lei 8.666/93, existe o art. 123, que preceitua que, "em suas licitações e contratações administrativas, as repartições sediadas no exterior observarão as peculiaridades locais e os princípios básicos desta Lei", o que denota o afastamento do regramento licitatório se as regras da licitação forem incompatíveis com as peculiaridades locais. Cabe anotar que a Lei 13.303/2016 não reproduziu este comando em seu texto, mas isso não afasta o fato de que no estrangeiro, muitas vezes, não há como impor à outra parte observar as regras sobre licitação.

Nessa linha, o TCU (Acórdão nº 2177/2011, Plenário) já emitiu decisão:

> Ademais, cumpre frisar que, com relação à aquisição de bens e a contratação de serviços efetuados no exterior, segundo as regras de Direito Internacional, e, ante o que dispõem os arts. 8º e 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, aplicam-se as leis do país em que foram constituídas essas relações obrigacionais, o que, por óbvio, pode não corresponder aos ditames previstos no estatuto pátrio.

De igual modo, as práticas de mercado podem impor, com vistas a observar a economicidade e melhores técnicas do mercado, o afastamento completo das normas atinentes à licitação.

O TCU já enfrentou o tema em um caso da Petrobras em que as práticas do mercado em âmbito internacional, em um setor com alto grau de complexidade e vultosos valores envolvidos,

impuseram um caminho próprio para contratação, consagrado internacionalmente, diferente de uma típica licitação.

Em razão disso, o Ministro Relator Benjamin Zymler consignou que a prática de mercado "parece encontrar amparo no inciso II do art. 173 da Constituição Federal, o qual estabelece que as empresas estatais exploradoras de atividade econômica estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas".

Ensina o doutrinador Marçal Justen Filho (2014, p. 34-35) sobre a necessidade de afastar a licitação para aplicação dos procedimentos próprios do mercado:

> Reputa-se que as empresas estatais que atuem em condições competitivas com o setor privado – seja no desempenho de serviços públicos, seja na exploração de atividade econômica – não se sujeitam ao regime licitatório de direito público. Devem adotar procedimentos específicos e diferenciados, como decorrência da sua atuação em condições de competição.

Assim sendo, em caso de união de esforços em prol da eficiência do setor bancário, situação que, a rigor, não se enquadra no comando literal da Lei das Estatais, o TCU (Acórdão nº 544/2010, Plenário), em contratação, à época sujeita à Lei 8.666/93, entendeu que a hipótese analisada era de inaplicabilidade de licitação:

> a) não haveria necessidade de deflagração de certame licitatório nos termos da Lei nº 8.666/93 para a escolha da FEBRABAN como representante para contratar empresas para efetuarem o serviço de TCM, isso porque se trataria de mero procedimento de adesão das instituições bancárias ao sistema de Transporte Compartilhado de Malotes, gerenciado por aquela entidade; b) não seria exigível o atendimento à Lei nº 8.666/93 para contratação de empresa de transporte pela FEBRABAN, na medida em que se trata de entidade privada; c) não há necessidade de procedimento licitatório para o caso, na medida em que não há comercialização de serviços de transporte de malotes, isso porque o papel da FEBRABAN se restringe à administração do serviço em nome das instituições filiadas.

Desse modo, é observável que, ainda que uma hipótese não esteja explicitamente disciplinada pela Lei das Estatais, como é o caso do comodato e das práticas do mercado, nacionais e internacionais, dentre outras situações que possam surgir dentro da complexidade empresarial diária, atendidos certos requisitos, a

não incidência de licitação pode e deve ocorrer em prol da liberdade empresarial.

Com efeito, na esteira da jurisprudência do TCU e da doutrina, quando a atividade finalística estiver em mira e existir óbice ao atingimento dos objetivos esperados, por conta da licitação, esta deve ser afastada em prol da atuação empresarial da estatal em igualdade de condições com os demais concorrentes do mercado.

A despeito de leitura apressada dos dispositivos legais em análise, com uma interpretação literal, levar a crer que as hipóteses de afastamento da Lei 13.303/2016 serem taxativas, principalmente pelo texto legal conter a expressão "nas seguintes hipóteses", nem sempre o legislador pode prever todas as situações que a observância do regramento licitatório seja inconveniente e inoportuna.

Nessa linha, embora sob a égide da Lei 8.666/93 e, por consequência, fora das hipóteses legais da Lei das Estatais, o TCU (Acórdão nº 1390/2004, Plenário) já decidiu:

> (...) julgo que só o fato de se tratar de atividade-fim não afasta, de pronto, a obrigatoriedade da realização de procedimento licitatório. Isso só ocorre quando se verificar, no caso concreto, que os trâmites inerentes a esse procedimento constituem óbice intransponível à atividade negocial da empresa, que atua em mercado onde exista concorrência. (...).
> Dessa forma, a jurisprudência deste Tribunal sobre a não incidência das normas de licitação à atividade-fim das empresas estatais (...) deve ser aplicada de forma cautelosa, porque constitui premissa lógica dessas decisões, ainda que não mencionadas expressamente, a existência de óbices intransponíveis para a realização das atividades negociais, em função do procedimento licitatório.
> Assim sendo, sempre que a realização da licitação não trouxer prejuízos à consecução dos objetivos da entidade, por não afetar a agilidade requerida para sua atuação eficiente no mercado concorrencial, remanesce a obrigatoriedade da licitação.
> Exceção a essa regra dar-se-á apenas nos casos em que a observância à legislação mencionada acarrete óbice intransponível à atividade-fim da empresa, hipótese em que poderá ser afastado o seu cumprimento, conforme entendimentos firmados por esta Corte em julgados anteriores, a exemplo da Decisão 663/2002 e dos Acórdãos 1268/2003, 1581/2003 e 403/2004, proferidos pelo Plenário.
> A conclusão, portanto, no tocante à aplicação da Lei n° 8.666/93 na celebração dos contratos de comissão mercantil para contratação de operadores para pos-

> tos próprios da BR Distribuidora, é no sentido de que não há óbices intransponíveis à atividade negocial da empresa, devendo ser observados os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, conforme *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Nessa linha, entende-se que as hipóteses legalmente explícitas não podem e não devem ser interpretadas como taxativas, mas meramente exemplificativas.

Tomando de empréstimo os ensinamentos do jurista Marçal Justen Filho (2016, p. 305), ao tratar sobre parcerias empresariais, o óbice da licitação reside na busca por solução satisfatória, aquela que satisfaz plenamente as necessidades da Empresa Estatal, o que leva à escolha através de critérios variáveis e, não raro, a imposições unilaterais, à vista das circunstâncias da contratação almejada.

Se a solução almejada não se enquadra, necessariamente, no art. 28, § 3º, mas com a licitação é incompatível, é razoável defender o afastamento das normas atinentes à licitação em prol da atividade empresarial.

Em outros termos, deve-se ter em mira assegurar o funcionamento e a competitividade das empresas estatais, afastando a licitação para garantir o pleno exercício das atividades econômicas (GUIMARÃES; SANTOS, 2017, p. 43).

Portanto, é possível também que determinado caso concreto, diante de suas características e peculiaridades, ainda que não se subsuma ao comando da Lei das Estatais, em seus estritos termos, seja enquadrado como hipótese de não incidência da licitação.

Dito de outro modo, a situação concreta e a natural complexidade do mundo empresarial podem levar a outros casos que exijam como solução jurídica o afastamento da órbita gravitacional da Lei das Estatais.

Não se pode esquecer que a licitação, e todo o seu emaranhado, por vezes burocrático, de procedimentos, é um meio para o atingimento de uma finalidade, e não um fim em si mesmo. Se a licitação com o objetivo pretendido é incompatível, cabe afastar este meio para que a finalidade seja alcançada.

Discorda-se em parte, neste ponto, de Dawison Barcelos e Ronny Charles Lopes de Torres (2018, p. 94) quando dizem:

> Pode-se identificar, no art. 28 da Lei 13.303, diversas hipóteses de não observância das regras licitatórias. Obviamente, elas não permitem o afastamento integral de preceitos de direito público.
> A estatal, certamente, mesmo quando afaste a incidência das regras licitatórias relacionadas à fase in-

> terna ou externa, estará impelida a estabelecer procedimentos de controle, mesmo que *a posteriori*, com vistas a resguardar o erário e demonstrar o respeito a princípios como a moralidade, a isonomia e a economicidade.

Primeiro, porque, como visto, as empresas estatais não se sujeitam ao regime de direito público, mas sim de direito privado. Segundo, convênios, patrocínios e termos de cooperação, por exemplo, não são hipóteses de inaplicabilidade de licitação, mas de incidência das regras de licitação limitada, uma vez que observam, no que couber, as normas de licitação e contratos da Lei das Estatais. São, pois, institutos jurídicos distintos de uma parceria ou da venda direta pela estatal de produtos ou serviços.

Quando se vem a falar em inaplicabilidade, repise-se, estar-se-á falando em liberdade empresarial, própria das empresas privadas, em prol da sobrevivência da estatal em um mercado, não raro, extremamente competitivo.

De outra banda, ainda que se entenda pela taxatividade do art. 28, § 3º, da Lei das Estatais, o que não é o melhor caminho, esta não pode ser absoluta, inflexível, mas sim mitigada, visto que não se pode esquecer que o mundo fático, muitas vezes, não se amolda ao comando legal, pois a lei segue o mundo real e não o contrário. Isto se torna mais verdadeiro no mundo empresarial em que há uma série de interações entre diversos agentes que não se enquadram, necessariamente, nas hipóteses legais.

Vale dizer: deve-se observar o contido na Lei das Estatais quando dispõe sobre inaplicabilidade de licitação, mas se o caso concreto não se enquadrar nas hipóteses legais e, ainda assim, for incompatível com a licitação, como quando existe um obstáculo intransponível ao se utilizar as regras licitatórios, cabe cogitar o afastamento do regramento licitatório.

Nessa linha, de todo modo, sendo rol exemplificativo ou de taxatividade mitigado, as hipóteses legais sobre inaplicabilidade de licitação não podem ser vistas como absolutas e inafastáveis quando se pensa em não incidência da licitação.

Não obstante a isso, cabe aqui um alerta: quando se fala, e defende, afastar normas licitatórias para conferir liberdade ao gestor de escolher a melhor solução empresarial para atender à empresa estatal, em situações complexas e de difícil amoldamento a uma licitação convencional, isso não significa arbitrariedade, mas paridade de armas frente aos demais concorrentes do mercado. Ademais, de qualquer modo, lembra-se

que a empresa estatal continua obrigada a observar os princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), tais como moralidade, impessoalidade, vantajosidade e eficiência.

Em suma, ainda que a situação leve à inaplicabilidade de licitação, não é dado ao gestor realizar escolhas arbitrárias, despidas de fundamentos e justificativas que demonstrem que a contratação, ou qualquer que seja o negócio, foi o melhor, em termos técnicos ou econômicos, para o sucesso empresarial da empresa pública ou sociedade de economia mista.

Conclusão

Diante do exposto, observou-se que a Lei das Estatais possui como regra a necessidade de licitação se a empresa estatal pretender contratar com terceiros. Exceção a isso são as hipóteses de dispensa, inexigibilidade ou inaplicabilidade de licitação.

Ademais, verificou-se que a Lei das Estatais inovou no ordenamento legal ao prever explicitamente duas hipóteses de inaplicabilidade de licitação, a despeito da jurisprudência do TCU e a doutrina já terem admitido afastar a licitação em diversas situações, mesmo sem previsão legal, com fundamento no óbice intransponível gerado pela licitação para a atividade finalística da empresa estatal.

Uma das hipóteses de não incidência da licitação é a prestação de serviços e venda de produtos diretamente pela estatal, com fulcro no art. 28, § 3º, inciso I, da Lei 13.303/2016. Nesta senda, se a empresa estatal está atuando diretamente na atividade econômica, produzindo produtos e serviços para o mercado, dentro do seu objeto social, a Lei das Estatais autoriza que ela não observe as regras atinentes à licitação.

A outra é a formação de parcerias empresariais, com fundamento no art. 28, § 3º, inciso II, da Lei 13.303/2016. Para tanto, atualmente, de acordo com a Lei 13.303/2016, é necessário que estejam presentes alguns requisitos na parceria empresarial para a não incidência do regramento licitatório da Lei das Estatais, quais sejam: i) a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, ii) vinculada a oportunidades de negócio, iii) justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Analisou-se que as hipóteses legais são relevantes para a atividade empresarial da estatal, mas, a rigor, é possível que não abarque todas as situações em que a licitação deve ser afastada. A realidade de mercado, naturalmente complexa por sua própria natureza, e as peculiaridades do negócio pretendido podem le-

var ao afastamento da licitação, mesmo quando não há comando legal autorizativo para tanto, principalmente quando a licitação se tornar um obstáculo, acima da natural dificuldade de uma licitação, para a plena atividade econômica da estatal, sua lucratividade e eficiência no mercado competitivo em que atua.

Em resumo, conclui-se que as hipóteses legais de inaplicabilidade de licitação devem ser entendidas como exemplificativas e não taxativas, podendo as práticas de mercado e o caso concreto estabelecerem outras situações de afastamento das regras acerca de licitação da Lei 13.303/2016.

Frise-se: inaplicabilidade de licitação não se confunde com arbitrariedade, mas, sim, liberdade para que o gestor possa escolher a melhor solução para o sucesso empresarial da empresa estatal.

Referências

BARCELOS, Dawison; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Licitações e contratos nas empresas estatais: regime licitatório e contratual da Lei 13.303/2016**. Salvador: JusPodivm, 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1390/2004, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemque-rer. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-16054/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1854/2009, 2ª Câmara, Rel. Min. Raimundo Carreiro. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1854%2520ANOACORDAO%253A2009%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=015d7b10-d88e-11e9-8a48-b5771e0a26c1. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2177/2011, Plenário, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2177%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=d22e84f0-cb5a-11e9-9a3f-597ed1b232cd. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2488/2018, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvlVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&se OcultaPagina=S&item0=647761. Acesso em: 25/08/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 544/2010, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo. Disponível em: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1390/2004, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-16054/DTRELEVANCIA%20desc/0/sinonimos%3Dfalse. Acesso em: 25/08/2019. Acesso em: 30/08/2019.

GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Leis das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A contratação sem licitação nas Empresas Estatais**. *In* Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016, Marçal Justen Filho, organizador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Fórum, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 13. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.

SAMPAIO, Alexandre Santos. **A Não Incidência da Licitação nas Empresas Estatais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SAMPAIO, Alexandre Santos. **Inaplicabilidade de licitação nas parcerias empresariais das empresas estatais Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 30 ago 2019. Disponível em: https://conteudojuri-dico.com.br/consulta/Artigos/52347/inaplicabilidade-de-licita-cao-nas-parcerias-empresariais-das-empresas-estatais. Acesso em: 30 ago 2019.

Debêntures de infraestrutura: uma análise sob a ótica do fomento no Estado Regulador

Luciana Najan Silva da Cruz
Pós-graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e pelo IBMEC
Mestranda em Direito da Regulação na Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo traçar um panorama da atividade de fomento enquanto uma das funções do contemporâneo Estado Regulador, bem como demonstrar a sua relevância por meio do exemplo das debêntures de infraestrutura, instituídas pela Lei 12.431/11. A evolução da forma de atuar do Estado levou ao cenário atual em que vige o princípio da subsidiariedade. Significa dizer que o Estado intervém na economia nos limites do que é necessário para promover o bem-estar social e suprir atores ineficientes, mas sem tomar para si o espaço que deve ser destinado à livre iniciativa. Nesse cenário, o fomento aparece como uma das funções estatais de grande relevância por se caracterizar justamente por uma atuação em parceria entre público e privado. As debêntures de infraestrutura são um exemplo dessa atividade. A Administração Pública, ao identificar que o setor de infraestrutura é carente de investimentos e que o financiamento a esse setor é concentrado nos bancos públicos, buscou promover a criação de um mercado privado de financiamento de longo prazo via mercado de capitais. Para tanto, a opção escolhida foi a concessão de benefício fiscal para investidores que adquirem títulos emitidos por companhias que irão desenvolver projetos no setor de infraestrutura.

Palavras-chave: Fomento. Regulação. Debêntures. Infraestrutura.

ABSTRACT

This article aims to provide an overview of the promotion activity as one of the functions of the contemporary Regulatory State, as well as to demonstrate its relevance through the example of infrastructure debentures established by Law 12.431/11. The evolution of the way the State operates has led

to the current status wherein the subordination principle is in effect. This means that the State intervenes in the economy only as far as necessary so as to promote social welfare and enable inefficient players, but never taking unto itself the role that should be left to free enterprise. In this scenario, promotion is featured as one of the most relevant roles of the State, for it is characterized by a partnership between the public and the private.. The Public Administration identified that the infrastructure sector is devoid of investments and that financing in this sector is concentrated in the public banks, hence it sought to promote the creation of a private market for long term financing by means of the capital market. In order to do so, it chose to grant tax benefits to investors who acquire securities issued by companies that are meant to develop projects in the infrastructure sector.

Keywords: Subsidiarity. Development. Regulation. Debentures. Infrastructure.

Introdução

O Estado Regulador e suas principais funções, dentre as quais se inclui o fomento com as suas diversas possibilidades, são fruto de uma longa evolução da teoria do Estado que se inicia, em alguns estados, com o absolutismo e chega aos dias atuais. As atividades estatais e as consequentes teorias que a acompanharam foram aprimoradas com o decorrer do tempo e a complexidade cada vez maior das relações sociais, aqui entendidas não apenas como as relações que os indivíduos mantêm entre si no seio da sociedade, como também as relações entre os cidadãos e o Estado. No século XVII, por exemplo, sob a égide do absolutismo, a ligação entre indivíduo e Estado tinha como base a submissão. A vontade do rei era a vontade de lei, cabendo ao povo o papel de súdito.

Não obstante seu longo período de duração, a exemplo do que ocorreu na França, o absolutismo deu lugar, no final do século XVIII e ao longo do século XIX, com o nascimento do Iluminismo, da democracia e do Estado de Direito, cuja preocupação primordial era a limitação do poder estatal, como consequência de uma era de excesso de poder nas mãos de um único governante. Trata-se, portanto, de teoria que nasce dentro do Direito Público visando, principalmente, compreender uma nova forma de atuar do Estado dentro dos limites da democracia nascente.

O conceito de Estado de Direito não é unânime na doutrina. Em livro que trata especificamente sobre o tema, Jacques

Chevallier destaca logo no início de suas lições que, desde sua origem, várias concepções sobre o assunto foram aprofundadas, como se pode conferir do trecho a seguir transcrito:

> Desde a sua origem, várias concepções de Estado de Direito foram, com efeito, abordados em profundidade: o Estado de Direito será colocado ora como Estado que age por meio do direito, na forma jurídica, ora como o Estado que será submetido ao direito, ora, ainda, como o Estado cujo direito comporta certos atributos intrínsecos; essas três versões (formal, material, substancial) desenham várias figuras possíveis, vários tipos de Estado de Direito, que não estão isentos de implicações políticas. (CHEVALLIER, 2013, p. 13)

Certo é que na França e na Alemanha, por exemplo, foi desenvolvida uma teoria segundo a qual a atuação do Estado está submetida a uma ordem jurídica, de modo que a administração deve necessariamente respeitar as normas previamente estipuladas. Ou seja, sua atuação decorre da lei. Fala-se, portanto, em submissão da administração ao Direito. "Em França, como na Alemanha, o Estado de Direito é concebido no começo do século XX, como um tipo particular de Estado, submisso a um regime de direito" (CHEVALLIER, 2013, p. 14).

No Reino Unido, por outro lado, a construção do Estado de Direito está preocupada com a tutela dos direitos e garantias individuais: "as liberdades individuais são postas sob a proteção dos tribunais ordinários, o princípio da igualdade diante da Lei exclui todo privilégio de jurisdição dos agentes da Coroa" (CHEVALLIER, 2013, p. 15).

A evolução dessas teorias remete a algumas certezas: o respeito à hierarquia das normas, à segurança jurídica e, principalmente, aos direitos fundamentais. É inserido nesse cenário que tem vez o constitucionalismo. Nos dizeres de Sergio Guerra, "O constitucionalismo que decorreu da edificação do Estado de Direito, e inclui a *societas civilis*, surgido nos movimentos revolucionários ocorridos nos Estados Unidos da América e na França, coincide com o advento do Estado Liberal de Direito" (GUERRA, 2017, p. 47).

É dentro da teoria do Estado de Direito que vai se desenvolvendo o moderno Estado Regulador e suas funções, dentre as quais o fomento, sem perder de vista que a evolução é viva e perene e, ainda nos dias atuais, os limites e padrões da atuação do Estado estão no centro do debate no Direito Público. Não há, portanto, Estados estanques, dentro de conceitos estanques.

Sob a ótica do Estado Regulador, a função de incitar os diversos atores sociais na direção do interesse coletivo assume especial relevância no cenário nacional em que se verifica a existência de uma lacuna de investimentos relevantes para o desenvolvimento socioeconômico do país. Nesse cenário, as debêntures de infraestrutura se mostram como um exemplo pertinente da relevância do fomento, na medida em que foram criadas diante da identificação da necessidade de se criar um mercado privado de financiamento de longo prazo.

Assim, o presente artigo tem por objetivo traçar um panorama da atividade de fomento enquanto uma das funções do contemporâneo Estado Regulador, bem como demonstrar a sua relevância por meio do exemplo das debêntures de infraestrutura, instituídas pela Lei 12.431/11. O artigo contará com 3 capítulos. O primeiro abrange a discussão acerca da construção do Estado Regulador, com apresentação das suas funções mais características. O segundo capítulo versa sobre o fomento, o que é e quais são as discussões doutrinárias que envolvem o tema, assim como os meios mais comumente utilizados. Por fim, o terceiro capítulo faz uma análise mais detalhada da atuação fomentadora estatal por meio das debêntures de infraestrutura, instrumento criado, como anteriormente dito, como forma de estimular o desenvolvimento de um mercado privado de financiamento de longo prazo.

1 Evoluções do Estado Regulador

Antes de adentrar de forma mais aprofundada no tema do fomento - o que é, como se faz, por que fazer e as controvérsias que existem sobre o assunto -, mostra-se relevante identificar em que contexto está inserida essa atuação estatal.

Na introdução deste artigo, restou explicitado que o Estado de Direito, entendido como aquele em que o Estado se pauta e é limitado pelas normas jurídicas (o que garante segurança aos administrados e respeito aos direitos e garantias individuais), surgiu quando do fim do absolutismo e dos nascentes estados democráticos. Nessa esteira, não há como desvincular a evolução desses estados democráticos da vivência político-econômica pelas quais eles passaram.

Chevallier, ao descrever a relevância da figura do Estado para a promoção e garantia de segurança dos indivíduos, destaca que tal instituto passou por transformações que o alteraram de forma estruturante, sem, contudo, desfigurar a sua importância:

> Os múltiplos desafios com os quais o Estado foi confrontado no final do século XX não colocaram em questionamento de modo algum a pertinência da esfera estatal: não somente o Estado superou esses desafios, mas também a existência Estados 'robustos' é doravante considerada como condição para o desenvolvimento econômico e a paz social, bem como uma garantia contra a instabilidade do mundo e do terrorismo; conviria, então, ajudar a consolidação ou a reconstrução dos Estados 'arruinados' (*Collapsed States*), incapazes de desempenhar o papel que lhes incumbe (F.F. FUKUYMA, 2005). Entretanto, essa persistência é acompanhada de um conjunto de transformações que, longe de serem superficiais, são de ordem estruturante e contribuem para redesenhar a figura do Estado. (CHEVALLIER, 2009, p. 23)

As transformações citadas passam pelo (i) liberalismo econômico, caracterizado pelo Estado mínimo, que não intervém na economia e deixa o mercado promover a sua regulação; (ii) pelo intervencionismo estatal na economia, caracterizado pelo Estado providência, aquele que intervém diretamente na economia, principalmente por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista e pela prestação de serviço público; e (iii) pelo neoliberalismo, onde se busca reduzir a participação estatal na sociedade e na economia, reservando-se, contudo, espaço para regulação e assistencialismo.

Sob a égide do liberalismo, buscou-se um Estado não interventor com base na crença de que o próprio mercado seria capaz de regular a si próprio e gerar riqueza. No âmbito normativo, vige o positivismo, o império das leis que, sistematizadas, direcionam a atuação estatal, sempre em atenção ao estrito respeito às disposições legais. Trata-se do Estado mínimo, aquele que se limita a prover o assistencialismo, sem intervir na economia, espaço reservado à iniciativa privada.

O liberalismo, no entanto, não foi capaz de promover a riqueza das nações como esperado, tendo resultado em crise econômica e das relações sociais. O avanço de tecnologias e da complexidade das relações exigiu do Estado um papel mais amplo, para além do mero cumprimento das leis e espectador do desenvolvimento. No âmbito normativo,

> (...) um fato tornou-se indisputável no modelo constitucional francês: a lei e os códigos, bases do liberalismo, mesmo sob um Estado absenteísta, não poderiam tudo prever (GUERRA, 2017, p. 60).

Veio, então, o Estado providência, o Estado que presta serviços, que regula a iniciativa privada, que atua amplamente por meio das empresas públicas e sociedades de economia mista. Um Estado grande na forma de atuar. Cabe, aqui, mais uma vez, citar a lição de Sérgio Guerra:

> A concepção do *welfare state*, do Estado prestador de serviços, do Estado providência, que substitui, em nível constitucional, com a Constituição do México de 1917 e com a Constituição de Weimar, de 1919, a *weltanschaung* iluminista, impôs a tomada de uma nova posição.

No Estado providência, o Executivo exerce papel central, já que cabe a ele atuar em todos os setores socioeconômicos. O Legislativo, por sua vez, que ocupava o centro das atenções no Estado positivista, dá lugar à primazia do Executivo. É nesse momento que a atuação reguladora do Estado começa a encontrar espaço, quando, para exercer os diversos serviços que são prestados e para regular as mais diversas relações entre Estado e sociedade, é preciso que sejam formulados regulamentos (GUERRA, 2017, p. 63).

Esse Estado providência tampouco foi capaz de gerar riqueza aliada ao bem-estar social. Ao contrário, o excesso de burocracia e a lentidão na atuação em desacordo com a rápida dinâmica do mercado acabaram por não gerar incremento de eficiência, nem ganhos significativos, restando mais uma crise econômica, principalmente nas décadas de 1970 e 1980. Tal situação coloca em xeque essa forma de atuação estatal e gera novas reflexões sobre o Direito Administrativo.

Diante da incapacidade do liberalismo em gerar crescimento econômico e controle saudável do mercado, e do Estado de bem-estar social de responder rápida e eficazmente às demandas sociais e econômicas, o princípio da subsidiariedade surge como um caminho viável a balizar a atuação estatal e a reger a vida em sociedade.

Célia Cunha Mello, em seu estudo sobre o fomento da administração pública, traça um resumo adequado para explicar o novo modelo estatal fundado no citado princípio da subsidiariedade. A autora ressalta a importância da racionalização da interferência do Estado na economia como um caminho do meio em que o norte que deve reger a intervenção do Estado na economia é o da subsidiariedade. O Estado deve se preocupar em não limitar a atuação dos agentes privados, garantindo-lhes a máxima liberdade que encontrará limite nos ditames le-

gais, bem como "incitar, sustentar e finalmente suprir, quando necessário, os atores insuficientes" (MELLO, 2003, p. 8 e 9). Vale a transcrição do breve resumo apresentado pela autora:

> A racionalização da interferência estatal no processo econômico mostra-se, destarte, imperiosa e urgente. Contudo, o retorno aos princípios liberalistas experimentados no século XIX não acenam uma solução adequada para o problema. Entre os extremos do Estado liberal e do Estado intervencionista ou providencial, que, de resto, nunca se concretizaram na sua forma pura, é que se deve posicionar um novo modelo estatal, sugerindo a incidência do princípio da subsidiariedade. (...)
> A tarefa reservada a esse novo modelo estatal consiste em eliminar certas funções cumpridas pelo Estado-providência, sem retornar à época romântica do Estado Liberal.
> Surge, então, o Estado-Subsidiário, como síntese dos modelos que o antecederam.

Esse novo modelo, na lição de Giandomenico Majone, envolve, na medida em que prima por uma atuação de forma mais pontual, uma nova regulação, mais pragmática que vai tomando relevância cada vez mais crescente, ao lado do apreço à liberdade de iniciativa. A título de exemplo, o autor cita que a privatização de serviços de utilidade pública é, em geral, seguida por uma política de regulação de preços (MAJONE, 2017, p. 57) , a demonstrar como se dá esse novo modo de agir.

Assim, como decorrência do próprio princípio que o rege, a questão que se coloca para a nova forma de atuar estatal se refere aos limites impostos ao Estado, ou seja, até onde é dado ao Estado intervir na economia? Ou, ainda, quais são as suas funções? Essas são algumas das perguntas que se busca responder sob essa nova ótica de estudo do Estado e do Direito Administrativo, sem perder de vista a noção básica de intervenção na ordem econômica de forma subsidiária.

No Brasil, pode-se dizer que a Constituição de 1988 consagra tal direcionamento dos limites do Estado quando, no artigo 173, estabelece que "a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei"[1]. Também o artigo 174 corrobora os

[1] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, Art. 173. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 de julho de 2019.

limites da intervenção na economia ao ditar que, "como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (...)."[2]

Inserido na atuação do Estado de forma subsidiária está, portanto, o Estado Regulador[3], um Estado que reconhece que a intervenção direta na economia não é o seu papel primordial, mas a regulação das atividades privadas, da livre iniciativa, essa, sim, lhe cabe.

É cediço que, deixada a seu livre proceder, a iniciativa privada pode acabar por, em atenção à sua missão de lucro, deixar de atentar, por exemplo, para a concorrência ou direitos do consumidor ou o respeito aos direitos de acionistas minoritários (quando se fala em mercado de capitais). Um Estado que, em sua missão de gerir a vida em sociedade, busca a regulação como meio de controlar, sem tomar para si as atividades privadas e a livre iniciativa. A criação de agências reguladoras e o respeito à independência técnica e às atribuições específicas estão intrinsecamente vinculados à nova concepção[4].

---

2 BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, Art. 174. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 09 de julho de 2019.

3 Como leciona Sérgio Guerra, nos Estados Unidos fala-se em estado administrativo, na medida em que naquele país o desenvolvimento do Estado, atrelado aos processos de industrialização e de solução de crises como a queda da bolsa de Nova York, mostra que a lógica de separação de poderes com competências e atribuições previamente definidas e engessadas foi superada por uma atuação mais ampla do Executivo, com competência para editar normativos que sejam necessários para o exercício pleno, com foco na eficiência técnica, de suas atribuições. A criação de agências reguladoras é um exemplo pertinente que demonstra o que seria uma nova função do Estado, que assume um caráter complementar aos poderes clássicos já consolidados. Com efeito, ao fazer uma comparação com o desenvolvimento do Estado Administrativo norte-americano e o modelo brasileiro, o autor esclarece que "o modelo de estado administrativo surgiu pela inadequação da forma tripartite clássica de exercício do poder do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), para lidar com os complexos problemas modernos, a exemplo, como visto, do sistema de *trusts*." (GUERRA, Sérgio. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. In Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 1, 2017, p. 136).

4 Não se trata aqui de uma visão ingênua do Estado Regulador, desconsiderando os problemas que ele enfrenta como a possível captura das agências por interesses políticos e de setores específicos ou os excessos praticados por órgãos controladores em sua atuação, extrapolando suas capacidades institucionais. Trata-se de, nesse momento do artigo, descrever o tipo ideal e as principais características do moderno Estado Regulador.

O Estado Regulador demonstra a necessidade de adequação da burocracia e dos poderes estatais à evolução das relações sociais e mercadológicas. Na pós-modernidade, caracterizada pela fluidez das relações entre os indivíduos, pelo avanço das tecnologias, pela diversidade de classes e, portanto, de interesses a serem tutelados, pela rapidez das mudanças, inclusive disruptivas[5], o clássico modelo tripartite de separação dos poderes não responde de forma eficiente às demandas sociais e econômicas de maximização de riquezas e geração de bem-estar.

Ao discorrer sobre o nascimento desse Estado Regulador, Sérgio Guerra narra que são diferentes as correntes que o justificam, seja sob a ótica de serviços públicos delegados ao setor privado, seja sob a ótica de dirigir comportamento, seja, ainda, com foco na satisfação e proteção de direitos individuais por meio de educação, emprego, moradia, tratamento médico (GUERRA, 2017, p. 105). Por um lado ou por outro, tem-se que "hoje se demanda um disciplinamento da atividade política e econômica, permitindo a satisfação do interesse coletivo que as anima, compatibilizando-o com interesses de natureza individual e pública com base em um princípio de proporcionalidade" (GUERRA, 2017, p. 110).

Feita essa breve exposição acerca do nascimento desse novo atuar do Estado, cabe definir o que caracteriza a regulação propriamente dita. Para fins deste artigo, utiliza-se o conceito de regulação[6] de Carlos Ari Sundfed, para quem não há um conceito jurídico exato, mas, sim, contornos ainda incertos sobre a regulação. Nesse sentido, o autor assim esclarece:

> Mas, em geral, no âmbito jurídico, essa expressão tem servido para designar o conjunto de intervenções estatais, principalmente sobre os agentes econômicos, e, portanto, o conjunto de condicionamentos jurídicos a que essas intervenções se sujeitam e de mecanismos jurídicos que essas intervenções geram. (SUNDFELD, 2014, p. 99)

---

5 Veja-se o caso do transporte privado por aplicativos como o Uber, que modificou significativamente o acesso à locomoção por transporte privado até então dominado pelos táxis, modelo de permissões concedidas pela Administração Pública.

6 Vale citar aqui a lição de Alexandre Santos Aragão acerca dos conceitos. Em seu livro sobre serviços públicos o autor destaca que "não há classificação ou conceito que por essência seja correto ou errado, mas sim mais ou menos adequado às finalidades metodológicas perseguidas." (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 128.)

Esclarecido o que é o Estado Regulador[7], passa-se a um breve resumo de suas principais atividades, quais sejam, a prestação de serviços públicos, a intervenção direta da economia, o exercício do poder de polícia e o fomento.[8]

Os serviços públicos são aqueles em que o Estado age, seja diretamente, citando-se o serviço de saúde prestado pelos hospitais e clínicas públicas, ou o serviço de educação prestado pelas escolas públicas; seja indiretamente por meio de concessões, autorizações e permissões[9], a título de exemplo, pode-se dizer as concessões de transporte público, de geração, distribuição e transmissão de energia, e a gestão aeroportuária. Alexandre Aragão conceitua os serviços públicos no bojo do Estado Regulador da seguinte forma:

> O mesmo não se dá com os serviços públicos, atividades econômicas *lato sensu,* que não tem ínsita em si a integração à esfera pública ou privada, ou seja, são atividades que, ontologicamente, poderiam pertencer a uma ou outra esfera, mas que o Constituinte ou o Legislador, em função de uma avaliação do interesse da coletividade em determinado momento histórico, entendeu que o Estado deveria, para cumprir as suas funções constitucionais de proteção aos liames sociais, tomar a atividade como sua. (ARAGÃO, 2017, p. 112)

---

7 Vale citar também a diferenciação feita por Paulo Todescan Lessa, para quem há regulação sob uma perspectiva jurídica caracterizada pela função normativa; sob a perspectiva econômica entendida como técnicas administrativas de correção de falhas de mercado e de estabilização e desenvolvimento econômico; e sob uma perspectiva política, "no plano do debate sobre liberalismo e democracia" e no plano do debate sobre teoria de incentivos e ações de grupos de interesse. (MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, p. 2-11)

8 A análise mais detida, como já dito na Introdução, será feita em relação ao fomento, de modo que neste trabalho é traçada apenas para fins didáticos uma breve conceituação das demais atividades, sem perder de vista que cada uma delas é alvo de intensos debates e englobam diversas teorias que não serão (ou apresentadas?) por ultrapassarem o escopo do artigo.

9 Não se desconhece o debate acerca das atividades privadas regulamentadas, prestadas pela iniciativa privada e que, por possuírem relevância pública, sofrem forte regulamentação. É cediço que todas as atividades privadas, afeitas (ou afeitas? Se for o verbo, teria que cortar a vírgula antes) à livre iniciativa, sofrem de alguma forma regulamentação estatal no âmbito do exercício do poder de polícia. No entanto, determinadas atividades, por serem atinentes a interesses públicos relevantes, impõem maior interferência regulatória.

Já a intervenção direta na economia se dá, principalmente, por meio das empresas estatais e sociedades de economia mista, sendo as empresas estatais aquelas cujo capital social é integralmente de titularidade do Poder Público e as sociedades de economia mista aquelas em que há divisão do capital social entre a iniciativa privada e o Estado, mantendo-se o controle em mãos da Administração Pública. É a atuação do Estado no limite ditado pelo já citado artigo 173 da Constituição, e que ocorre de forma complementar à iniciativa privada, sem, contudo, substituí-la. Nesse sentido, por exemplo, José Vicente dos Santos de Mendonça fala em intervenção concorrencial, que acontece quando o Estado assume a mesma qualidade de outros agentes privados, e intervenção monopolística, quando se verifica a intervenção por meio de monopólios públicos (MENDONÇA, 2018, p. 179). Também, Eros Roberto Grau trata do tema da intervenção direta do Estado na economia anunciando que o artigo 173 supramencionado denota atividade econômica em sentido estrito, na qual o Estado atua como agente econômico em área da titularidade do setor privado (GRAU, 2018, p. 99-100).

O poder de polícia, por sua vez, se caracteriza pela atuação do Estado como ente responsável não apenas pela regulação, mas também pela sanção. Sem desconsiderar toda a complexidade que envolve a discussão acerca do poder de polícia, resume-se aqui esse poder de polícia como sendo, segundo Odete Medauar (2017, p. 278), a atuação do Estado de forma a limitar os direitos dos particulares, seja por meio da vedação à prática de determinados atos, seja por meio de obrigações, de modo a conciliar os direitos individuais aos interesses coletivos e à vida social. Ainda, na lição da autora supramencionada, "trata-se do tema que mais diretamente se insere na encruzilhada autoridade-liberdade, Estado-indivíduo, que permeia o direito administrativo e o direito público, revelando-se, pois, muito sensível à índole do Estado e às características históricas, políticas e econômicas dos países" (MEDAUAR, 2014, p. 13).

Finalmente, o fomento é mais uma das faces da atuação da Administração Pública no seio do Estado Regulador. É a atividade destinada a estimular, a incitar, a induzir o particular a praticar determinada atividade que atenda ao interesse coletivo. Por ser o objeto deste trabalho, essa função especifica será melhor detalhada a seguir.

A partir do exposto, é possível concluir que a atuação da Administração Pública passou por grandes transformações ao longo do tempo, as quais buscaram adequar o Estado ao seu papel na sociedade que, por sua vez, está em constante evolu-

ção e transformação. Nesse contexto, o Estado de Direito nascido sob a égide da separação dos poderes evolui para um cenário atual em que se fala em funções e não mais em poderes estatais. O modelo piramidal e hierarquizado tradicional é substituído por uma nova forma de ver o mundo, em que o Estado tem papel subsidiário e complementar, em que as parcerias dão lugar à antiga hierarquia, estando Estado e agentes privados lado a lado, em grande parte das vezes, em prol do desenvolvimento econômico-social. Bruce Ackerman, atento à complexidade que domina as atuais sociedades, afirma que é preciso dar um adeus a Montesquieu - o filósofo francês do século XVIII que preconizou em seu livro *O Espírito das Leis* a separação dos poderes estatais em Legislativo, Executivo e Judiciário – para que se possa aceitar as novas modalidades institucionais que surgem no mundo contemporâneo e que não se enquadram perfeitamente na tríade conhecida de legislar, executar e julgar. E, como destaca o autor, são as novas formas que tendem a desempenhar um papel cada vez mais relevante na atualidade (ACKERMAN, 2012, p. 15 e 19).

É partindo dessa premissa de que, nos dias atuais, o estudo da atuação estatal precisa superar antigas construções engessadas e levar em conta a relevância das parcerias entre privado e público é que se pretende fazer uma análise do fomento público, utilizando-se as debêntures de infraestrutura como exemplo de tal atividade.

2 Análise sobre o fomento

O fomento é uma forma de intervenção do Estado na economia, mas não diretamente. É uma das suas funções que demandam a parceria com agentes privados para atingir finalidades sociais. Nesse sentido, o fomento se caracteriza por incentivos praticados pela Administração Pública para que os agentes privados tomem para si determinadas atividades que são de interesse geral.

Se, de um lado, a iniciativa privada visa primeiramente à satisfação de suas finalidades particulares e ao lucro, e o Estado, de outro lado, tem por dever atender ao clamor social, no fomento as duas metas se encontram. O Estado estimula a iniciativa privada, mas sem assumir para si a atividade e a iniciativa privada, sem deixar de lado seus interesses, se vale de benefícios concedidos para, no curso de sua atividade-fim, acabar por promover indiretamente o interesse público. Nos dizeres de José Vicente Mendonça, o "fomento pode ser inteligente instrumen-

to de apoio ao desenvolvimento privado em direção social e constitucionalmente desejáveis" (MENDONÇA, 2018, p. 308).

Também, Maria Hermínia Moccia destaca que o fomento "apresenta, todavia, um princípio específico, qual seja, o da repartição de riscos ou do risco compartilhado" (MOCCIA, 2002, p. 53). Ainda, Célia Cunha Mello corrobora a noção de atuação conjunta ao afirmar que, em atenção ao princípio da subsidia-riedade, "o Estado tem por missão incitar, sustentar e finalmente suprir, quando necessário, os atores insuficientes" (MELLO, 2003, p. 8).

Não obstante a relevante participação dos agentes privados na prática da atividade de interesse geral, o fomento é atinente à Administração Pública. Cabe ao Estado definir as medidas que serão tomadas para atrair o investimento particular. A atividade é em si administrativa e, como tal, as medidas fomentadoras são um ônus público, os meios para incitar o privado são públicos, a tomada de decisão acerca de quais meios serão os mais aderentes ao fim esperado é pública.

Diante dessa característica, uma preocupação que se coloca é a de que o fomento não seja utilizado como troca de favores ou visando ao benefício de grupos ou pessoas específicas. A atividade não pode ser utilizada para agradar os amigos do Rei, no ditado popular, como coloca José Vicente dos Santos de Mendonça (MENDONÇA, 2018, p. 308). Nos dias atuais, de combate à corrupção e limites à atuação do Estado, não deveria haver mais espaço para que a máquina pública seja utilizada para fins que não sejam o interesse coletivo. Marcos Juruena, corroborando esse entendimento, ao versar sobre o fomento, afirma que não cabe "a atribuição de privilégios, preferências, favores e proteções sem que amparados por um contexto maior, voltado para o bem-estar de toda a coletividade; daí serem indissociáveis o fomento do planejamento, sob pena de quebra do princípio da igualdade" (SOUTO, 2002, p. 39).

Para fins de conceituação, vale citar a lição de José Vicente dos Santos de Mendonça, que assim define o fomento:

> O fomento público é o resultado de uma ponderação, entendida em sentido amplo, entre os impulsos planejadores do Estado e a proteção ao espaço privado de atuação empreendedora. O resultado é uma técnica de atuação em que o Poder Público indica, sugere ou recomenda – oferecendo, para isso, algum tipo de estímulo palpável, até porque estaríamos no terreno do não Direito se todo o seu conteúdo se resumisse a sugestões – determinada atuação ao particular, sem, contudo, torná-la obrigatória. (MENDONÇA, 2018, p. 310)

Na doutrina alienígena, pode-se citar o conceito de Jordana de Pozas, segundo o qual:

> A ação de fomento é um caminho do meio ente a inibição e o intervencionismo do Estado, que pretende conciliar a liberdade com o bem comum mediante a influência indireta sobre a vontade do indivíduo, para que este queira o que convém à satisfação da necessidade pública de que se trate.[10]

A partir dos conceitos anteriormente expostos, é possível inferir algumas características, sendo a principal o fato de as medidas fomentadoras se destinarem a agentes privados. Especificamente no que se refere ao sujeito passivo ser necessariamente privado, importa esclarecer a existência de divergência doutrinária sobre a questão. José Vicente dos Santos de Mendonça, por exemplo, advoga no sentido de que fomento se insere tão somente na relação entre privado e público. Não se pode falar, portanto, em fomento na relação público e público. Se, por hipótese, fosse criado um instrumento em que a União Federal incita municípios a determinada prática, dever-se-ia falar em repasses de recursos e não em fomento (MENDONÇA, 2018, p. 316). Veja-se que o fomento almeja estimular o particular na direção do interesse coletivo. Os entes públicos, por sua vez, já estão obrigados por sua própria natureza a praticar atos que visem tutelar o interesse público.

Por outro lado, Célia Cunha Mello adota posição diversa, alinhada com Garrido Falla, entendendo que não há qualquer vedação a que um ente público possa fomentar outro ente, não havendo que se falar em exclusividade do fomento à iniciativa privada (MELLO, 2003, p. 20).

Neste artigo, adota-se a corrente de José Vicente Santos de Mendonça, para quem o fomento se destina a agentes privados e não a outros entes públicos, por compreender que os entes públicos não precisariam ser estimulados a promover atividades que geram benefícios para a coletividade, já que essa é a sua própria essência. Entendimento contrário poderia levar à interpretação no sentido de que a Administração Pública estaria autorizada a satisfazer outros interesses que não o público.

Superada essa discussão e a partir das definições expostas de fomento, pode-se concluir, valendo-se da lição de José Vicente

[10] POZAS, Jordana de. Ensayo de una teoria general del fomento em el derecho administrativo. In JORDANA DE POZAS. Estudios de administración local y general: homenaje al professor Jordana de Pozas. p. 46. Disponível em <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752>. Acesso em 22/07/2019.

Santos de Mendonça, que tal atividade possui algumas características principais, sendo a primeira delas a voluntariedade. O particular irá aderir ou não à medida de fomento estatal, de acordo com sua vontade, não sendo obrigado a acolher aquela medida. Importante notar que essa voluntariedade se dá em um primeiro momento, ou seja, quando o particular toma a decisão de aderir ou não ao fomento. Após a sua adesão voluntária, o particular se vincula, na forma prevista no ato normativo que institui a medida fomentadora.

Outra característica é a discricionariedade. É dizer: a decisão acerca da concessão da medida de fomento, do setor a que está relacionada e de qual medida é a mais adequada está inserida no âmbito da discricionariedade administrativa.[11] Esse não é um tema avesso ao debate. Maria Hermínia Moccia cita em seu trabalho a opinião de Marcos Juruena Villela Souto na medida em que o fomento configuraria atividade vinculada,

> não cabendo atribuição de privilégios, preferências, favores e proteções sem que amparados por um contexto maior, voltado para o bem-estar de toda a coletividade: daí serem indissociáveis fomento e planejamento, sob pena de quebra do princípio da igualdade. (MOCCIA, 2002, p. 67)

Nada obstante a divergência apontada, a maioria da doutrina segue entendendo o fomento como ato discricionário do administrador público.

Inserida nesse debate, uma questão que se coloca é a possibilidade de revogação da medida. Por se tratar de matéria afeta à discricionariedade administrativa, não se pode negar ao Estado a possibilidade de revogar a medida implementada, ainda mais quando se considera o caráter transitório que deve assumir o fomento. De toda sorte, apesar do entendimento de que a possibilidade de revogação da medida, em um Estado de Direito regido pelo princípio da boa-fé é preciso ter em mente a segurança jurídica e respeitar os prazos e as previsões do normativo instituidor do fomento, sujeitando-se a Administração Pública ao pagamento de eventuais perdas e danos em situações em que o particular tenha dispendido recursos para atender a uma medida de fomento que foi revogada. Exemplo citado por Maria

[11] Uma das críticas apontadas acerca dessa característica da discricionariedade é a dificuldade de controle judicial por se tratar de matéria afeta à políticas públicas e, portanto, a decisões discricionárias do administrador público.

Hermínia Moccia é o dos contratos de mútuo com condições favoráveis, como aqueles firmados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES. O contrato deverá ser cumprido, respeitando-se seu termo final e demais prazo e condições, não havendo que se falar em revogabilidade sem a imposição das sanções típicas dos contratos entre particulares (MOCCIA, 2002, p. 69).

O fomento é também seletivo na medida em que se destina a setores ou atores específicos de acordo com o interesse público que se pretende atingir. Isso não quer dizer, como esclarece José Vicente, que se trata de instrumento anti-isonômico (MENDONÇA, 2018, p. 323). Ao contrário, não se busca dar oportunidades diferentes para os particulares que estão em situação semelhante. Como já dito, o fomento não deve ser direcionado para uma pessoa ou instituição específica. O que se quer é incitar particulares que tenham interesse na prática de atividade que convenha à coletividade.

Unilateralidade[12] é outra característica. O fomento cabe ao Estado e somente ao Estado. Outros entes podem fiscalizar a medida, mas a decisão de concessão é unilateral do Poder Público de acordo com as prioridades ínsitas nas políticas públicas.

Também é uma atividade essencialmente transitória. A ideia do fomento é suprir atividades carentes de incentivo, mas não de maneira definitiva. O que se quer é desenvolver a atividade com a finalidade de que ela possa crescer, ser disseminada e evoluir por conta própria, sem demandar indefinidamente do auxílio estatal. Se a atividade não se torna economicamente viável com o decorrer do tempo, outras soluções devem ser buscadas que não o fomento. Um fomento definitivo enseja questionaOmento sobre se a Administração Pública não deveria assumir a atividade na qualidade de serviço público, ainda que sob a forma de concessão. Maria Hermínia Moccia ressalta esse caráter ao afirmar que "As atividades devem ser ajudadas no período exato, necessário para a viabilidade econômica da operação fomentada" (MOCCIA, 2002, p. 58). Um exemplo de exceção possível a essa característica da transitoriedade é o apoio a pequenas e

[12] O tema é objeto de divergências indicadas por José Vicente, havendo autores que o definem como contrato unilateral sob a ótica da subvenção que se assemelharia a uma doação. É o caso, por exemplo, de Nieves Borrego. Outros autores, como Santamaría Pastor, entendem que o fomento, por possuir natureza jurídica complexa, não pode ser definido como ato unilateral. (MENDONÇA. José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Forum. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 326 e 327).

médias empresas que decorre do próprio texto constitucional[13]. Respeitadas as exceções possíveis, certo é que "o fomento exitoso é aquele que pode ser retirado pois por meio do auxílio, a empresa ou atividade fomentada ganhou autonomia operacional e financeira conseguindo caminhar sozinha, sem ajuda estatal" (MOCCIA, 2002, p. 58).

2.1 Formas de Fomento

Identificados o conceito de fomento e suas principais características, passa-se a definir as formas mais usadas pelo Estado para fomentar atividades. Essa definição não é idêntica na doutrina. Conforme destaca José Vicente, a doutrina apresenta, por um lado, meios positivos e meios negativos de fomento, sendo os positivos aqueles por meio dos quais são outorgados bens ou vantagens para o particular, ao passo que os negativos seriam apenas os negativos persuasivos por meio do qual o Poder Público desestimula certas práticas. Há, de outra feita, divisão em meios honoríficos, econômicos, jurídicos e psicológicos (MENDONÇA, 2018, p. 331 e 332).

Por razões didáticas, utiliza-se, neste artigo, a divisão em quatro tipos apresentada por José Vicente, quais sejam: (i) honoríficos; (ii) econômicos; (iii) jurídicos; e (iv) psicológicos.

Honoríficos são os prêmios e condecorações dados ao particular em razão de algum feito relevante de interesse geral. É um reconhecimento por um ato, que não caracteriza um forte incentivo por parte do Estado e por isso não é um meio dos mais relevantes.

São jurídicos aqueles que decorrem de imposições normativas, tais como "imposição de consumo de produtos fabricados num local, contratação forçada de categoria de empregados, situações de monopólio ou de restrições de concorrência, imposição de contratação de conteúdo local (...)" (MENDONÇA, 2018, p. 332).

Os meios psicológicos têm como exemplo as propagandas que buscam induzir certos tipos de comportamento.

Os meios econômicos são os mais comumente utilizados, dentro dos quais estão inseridas as debêntures de infraestrutura. São meios que implicam o desembolso de recursos, seja pelo efetivo desembolso, seja quando a Administração Pública abre mão

[13] BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, Art. 179. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 09 de julho de 2019.

de receita. Nesse sentido, o fomento pode se dar pela disponibilização de bens em favor do administrado, ou por incentivos fiscais por meio das isenções e imunidades tributárias ou mesmo regimes especiais de pagamento do tributo e reduções de alíquota. Veja a opinião de Célia Cunha Mello, que afirma que os incentivos fiscais podem ser importantes instrumentos para persuadir as pessoas a executarem determinadas atividades que gerem o retorno socioeconômico almejado pelo Estado (MELLO, 2003, p. 108).

Corrobora o entendimento Maria Hermínia Moccia, para quem as isenções tributárias estão inseridas dentre as mais importantes intervenções de fomento, na medida em que se valem do estímulo tributário para estimular e direcionar, no âmbito do panorama econômico, certos atos dos particulares (MOCCIA, 2002, p. 82).

Pode ocorrer também com a concessão de linhas de crédito em condições mais vantajosas para determinados setores a serem desenvolvidos ou, por fim, por meio das subvenções, entendidas como o dispêndio de recursos pelo Poder Público, a fundo perdido, destinado a determinada atividade específica. Maria Hermínia Moccia define três características principais das subvenções: caráter não devolutivo, ou seja, o montante dispendido não precisa ser devolvido, a princípio; caráter condicional, no sentido de que devem ser cumpridas as condicionantes impostas, sob pena de ser necessária a devolução dos recursos; e caráter finalista, significando que a subvenção deve estar vinculada e cumprir aquela finalidade específica para a qual foi concedida (MOCCIA, 2002, p. 80).

2.2 Fomento das Debêntures de Infraestrutura

As debêntures de infraestrutura objeto deste artigo se enquadram na classificação de fomento econômico por meio fiscal, uma vez que versam sobre benefício fiscal concedido pela União Federal no âmbito da Lei 12.431/11[14].

[14] José Vicente de Mendonça adota corrente no sentido de que os meios fiscais se caracterizam por serem uma política econômica e não medida de fomento. (MENDONÇA. José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico*. Forum. 2ª ed. Belo H1orizonte: Fórum, 2018. p. 335). No entanto, trata-se de entendimento 1minoritário, o qual não é adotado neste artigo por se entender que os meios fiscais, tais como isenções tributárias e redução de alíquotas, são eficazes na promoção do interesse público em parceria com agentes privados. O exemplo das debêntures de infraestrutura que visam incitar o crescimento do mercado privado de financiamento de longo prazo se coaduna com a noção clássica de fomen-

A atividade de fomento se mostra alinhada a uma forma de atuar estatal em parceria com a iniciativa privada, ampliando as possibilidades de satisfação dos interesses públicos e, por consequência, da coletividade, além de ser prática que se coaduna com a subsidiariedade da atuação estatal. Apesar dessas vantagens, há algumas preocupações e pontos de atenção relacionados ao fomento que não podem ser deixados de lado. Um desses riscos é a sua caracterização como mera troca de favores em detrimento do interesse coletivo, como uma decisão arbitrária da Administração Pública. Daí a importância de justificação adequada da seletividade do setor a ser fomentado, principalmente com a definição de políticas públicas que deixem claro as prioridades do Estado e os meios que serão utilizados para se alcançar os fins.

Nesse passo, o planejamento assume papel relevante. Ainda que não vincule o administrado, o planejamento vincula o Administrador Público, além de ser um facilitador para que os órgãos de controle externo possam exercer seu papel. O planejamento, ao direcionar as prioridades administrativas públicas, reduz o espaço da discricionariedade e, portanto, do mau uso.

Feito esse breve resumo sobre as principais questões doutrinárias envolvendo o fomento, passa-se à análise das debêntures de infraestrutura, caracterizadas como um exemplo típico de fomento econômico, por meio da concessão de benefício fiscal.

3 As debêntures de infraestrutura: um exemplo de atuação fomentadora

O setor de infraestrutura é estratégico para o desenvolvimento socioeconômico de qualquer nação. A infraestrutura é um conjunto de bens e serviços que servem de apoio para que outras atividades econômicas possam ser desenvolvidas. Incluem-se no âmbito desse setor atividades como transporte, energia, telecomunicações e logística. Tome-se como exemplo o setor de energia elétrica, dividido em geração, transmissão e distribuição de energia, sem o qual é dificultada a realização de tarefas desde as mais simples relacionadas à vida cotidiana dos indivíduos até as mais complexas atividades industriais e de inovação. Sobre o conceito de infraestrutura, utiliza-se aqui aquele apresentado pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas –

to já explicitada no decorrer do trabalho, bem como com o princípio da subsidiariedade da atuação estatal, a demonstrar que a razão assiste a doutrina majoritária sobre o tema.

IPEA, citando abordagem apresentada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, para o qual a infraestrutura, de modo geral, é um conjunto estrutural que serve de apoio para a prestação dos mais variados serviços e atividades:

> Embora a infraestrutura tenha sido conceituada por diversos estudiosos do tema, aquela que melhor reflete a presente abordagem é a sugerida pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), segundo o qual se pode definir infraestrutura como "o conjunto de estruturas de engenharia e instalações – geralmente de longa vida útil – que constituem a base sobre a qual são prestados os serviços considerados necessários para o desenvolvimento produtivo, político, social e pessoal. (BID, 2000 *apud* CEPAL, 2009)[15].

Apesar da relevância da infraestrutura, no Brasil o setor é defasado e ainda carente de investimentos. A organização Global Infrastructure Hub[16], dedicada à análise da infraestrutura tanto nos mercados desenvolvidos como nos emergentes, aponta uma lacuna de investimentos em infraestrutura no Brasil que chega a alcançar, aproximadamente, 1,2 trilhão de dólares[17]. Em 2019, o Brasil ocupa o 59° lugar do ranking mundial de competitividade elaborado pelo IMD World Competitiveness Center[18], instituto dedicado ao estudo da competitividade em âmbito mundial. O estudo conta com 63 países em seu ranking, o que demonstra que o Brasil ocupa uma das 5 últimas posições.

Os indicativos citados servem para demonstrar a relevância da elaboração de políticas públicas que objetivem reduzir o grande vácuo de desenvolvimento da infraestrutura nacional.

Em 2010, quando estava em debate a criação de um modelo de financiamento de longo prazo que acabou por culminar no fomento por meio do benefício fiscal concedido às debêntures de infraestrutura, o IPEA elaborou um estudo de diagnósticos e perspectiva da infraestrutura econômica no Brasil para 2025, no qual destaca que a eficiência na prestação de serviços dessa

---

15 Infraestrutura Econômica no Brasil: Diagnósticos e Perspectivas para 2025. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ipea, 2010, p. 16.

16 A organização busca colaborar com governos, setor privado e bancos de desenvolvimento, dentre outras organizações internacionais para identificar e desenvolver projetos de infraestrutura.

17 Conforme consulta ao sítio eletrônico: <https://www.gihub.org/countries/brazil/>. Acesso em 09/07/2019.

18 Conforme consulta ao sítio eletrônico <https://www.imd.org/wcc/world-competitiveness-center-rankings/world-competitiveness-ranking-2019/>. Acesso em 09/07/2019.

natureza condiciona a produtividade e a competitividade do sistema econômico como um todo, além de gerar bem-estar social. Destaca-se, nesse sentido, o trecho a seguir:

> Não resta dúvida de que a oferta eficiente de serviços públicos de infraestrutura é um dos aspectos mais importantes das políticas de desenvolvimento econômico e social. A prestação eficiente de tais serviços condiciona significativamente a produtividade e a competitividade do sistema econômico, ao mesmo tempo em que melhora o bem-estar social. Portanto, uma adequada disponibilidade de infraestrutura e de seus serviços correlatos é condição indispensável para que o país possa desenvolver vantagens competitivas, alcançando maior grau de especialização produtiva. Os investimentos em infraestrutura elevam a competitividade sistêmica da economia, melhorando as condições de transportes, de comunicação e de fornecimento de energia. Além disso, tais inversões promovem efeitos multiplicadores e dinamizadores nos demais setores, induzindo a outros investimentos.[19]

Vê-se que o Brasil ainda possui espaço para crescimento de sua infraestrutura, cujos projetos são, em sua maioria, objeto de financiamentos pelos bancos públicos, em especial o BNDES. Os bancos públicos, induvidosamente, são um importante instrumento de fomento a serviço do Estado, atuando principalmente via fomento creditício, o qual se dá por meio de linhas de financiamento em condições vantajosas. Mas a concentração de riscos de longo prazo nesses bancos não é a configuração mais adequada para a economia nacional.

Com efeito, a exposição de motivos da Medida Provisória 517, de 30/12/2010, posteriormente convertida na Lei 12.431/11, destaca a premência de se construir no Brasil um mercado privado de financiamento de longo prazo. A medida provisória em questão elenca os desafios para o crescimento econômico brasileiro, entre os quais está o fato de que, para permitir um crescimento econômico sustentável, é preciso criar novas bases de financiamento e construir um mercado privado que garanta recursos para projetos que demandam maior maturação. É ponderado, ainda, que "o Governo e os bancos públicos, principalmente o BNDES, não podem continuar como promotores quase que exclusivos de tais recursos vis-à-vis o risco de minarmos nossa

[19] Infraestrutura Econômica no Brasil: Diagnósticos e Perspectivas para 2025. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: IPEA, 2010, p. 16.

capacidade de sustentação do crescimento.[20] A exposição de motivos traz também dados da época esclarecendo que "quase noventa por cento da carteira de crédito superior a cinco anos tem como lastro linhas oriundas de bancos públicos, sendo que só o BNDES é responsável por quase 62% dessa carteira".[21]

O diagnóstico levantado pela exposição de motivos em questão fala ainda do uso do mercado de capitais, que poderia atuar como uma fonte de recursos complementar aos financiamentos a projetos de infraestrutura e que, à época, não representava uma captação significativa, "girando em torno de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) a três por cento do Produto Interno Bruto - PIB, e com um mercado de títulos de dívida eminentemente concentrado em operações de curto e médio prazo".[22]

Em resumo, a conclusão apresentada é no sentido da premência de que sejam adotadas medidas que incentivem a criação de um mercado privado de financiamento de longo prazo.

Nessas circunstâncias, a Lei 12.431/11 instituiu o benefício fiscal para investidores que adquirirem as chamadas debêntures de infraestrutura, valendo-se de medida de fomento para criar um mercado até então inexistente por meio de instrumento de mercado de capitais: as debêntures.

As debêntures têm previsão legal no artigo 52 e seguintes da Lei 6404/76, a qual regula as sociedades anônimas. É um meio alternativo de captação da poupança popular em relação às ofertas públicas de emissão e distribuição de ações.

A forma mais comum de captação de recursos por meio de acesso à poupança popular é a emissão e negociação de ações na Bolsa de Valores, recurso possível apenas às companhias abertas. No Brasil, os altos custos relacionados à abertura de capital na Bolsa de Valores fazem com que, em geral, apenas sociedades empresárias de grande porte acessem esse mercado. Isso li-

---

20 BRASIL, EM Interministerial nº 194/2010 - MF -/MDIC/MC/MCT/MEC/MME/MP. Item 2. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-194-MF-MDIC-MC-MCT-MEC-MME-MP-MPV-517-10.htm>. Acesso em 10 de julho de 2019

21 BRASIL, EM Interministerial nº 194/2010 - MF -/MDIC/MC/MCT/MEC/MME/MP. Item 4. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-194-MF-MDIC-MC-MCT-MEC-MME-MP-MPV-517-10.htm>. Acesso em 10 de julho de 2019.

22 BRASIL, EM Interministerial nº 194/2010 - MF -/MDIC/MC/MCT/MEC/MME/MP. Item 5. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-194-MF-MDIC-MC-MCT-MEC-MME-MP-MPV-517-10.htm>. Acesso em 10 de julho de 2019

mita os instrumentos de captação disponíveis para sociedades de menor porte ou mesmo àquelas de grande porte, mas que possuem capital fechado.

Tavares Borba, ao dissertar sobre os aspectos econômicos das debêntures, assevera que as companhias emitem esses títulos como uma maneira de financiar os seus projetos de expansão e crescimento ou, ainda, para substituição de dívidas para melhorar sua estrutura de capital (BORBA, 2005, p. 08).

O referido autor cita também o uso das debêntures pelos fundos de investimento em renda fixa, bem como as vantagens daquelas conversíveis em ações, conforme se verifica a seguir:

> As debêntures, por representarem um título de renda fixa, têm seu mercado específico, constituindo lastro relevante para a composição das reservas técnicas de fundos de pensão e seguradoras. Os fundos de investimento voltados para a renda fixa, ou mesmo os que procuram combinar renda fixa e renda variável em busca de um perfil relativamente conservador, encontram na debênture um instrumento valioso para a formação de suas carteiras.
> As debêntures conversíveis, ainda pouco utilizadas no Brasil, permitem mesclar vantagens aparentemente antagônicas, viabilizando para o investidor uma aplicação que conjuga as virtudes da renda fixa com as virtudes da renda variável. Por ser assim, a debênture conversível poderá praticar taxas de juros inferiores às que seriam adotadas no caso de debênture simples. É que a debênture conversível apresenta natureza híbrida, encontrando-se habilitada, com a valorização das ações em que pode ser convertida, a realizar ganhos de capital. (BORBA, 2005, p. 09)

Contextualizado o uso econômico desse instrumento de captação, cabe breve análise do seu conceito e natureza jurídica.

Uma emissão de debêntures em muito se assemelha a um contrato de financiamento, ou seja, a um contrato de mútuo firmado com uma instituição financeira, tanto para o financiamento de um projeto específico da sociedade empresária, como para o capital de giro necessário para fazer frente às despesas fixas e recorrentes. Isso porque, por meio da emissão do título, a companhia emissora assume uma obrigação de pagar uma remuneração para os debenturistas, no prazo e com os custos previamente estabelecidos.

No entanto, essa obrigação de pagar não necessariamente é assumida perante um único investidor. Ao contrário, é possível que diversas pessoas, físicas ou jurídicas, tenham interesse em investir nas debêntures, de modo que, diferentemente de um

contrato de empréstimo firmado com uma única instituição financeira, no caso das debêntures o título pode ser pulverizado no mercado e existir mais de um debenturista, de maneira similar ao que ocorre com as ações, por exemplo.

Um conceito de debêntures amplamente difundido na doutrina é o de Tavares Borba, que assim define:

> Anote-se, portanto, como elemento conceitual básico da debênture, a noção de formação de um débito, representado por títulos autônomos, emitidos em massa, destinados à negociação e circulação e, por conseguinte, aptos a proporcionar à sociedade emitente, como contrapartida, uma utilidade qualquer. (BORBA, 2005, p. 14)

No que tange à natureza jurídica desse instrumento de captação de recursos, a doutrina apresenta entendimentos divergentes: um primeiro e majoritário que defende que se trata de um título de crédito[23] e um entendimento minoritário de que teriam as debêntures natureza jurídica de valor mobiliário[24]. Para fins deste artigo, adota-se o entendimento de que as debêntures são um valor mobiliário.

Dentre as principais características das debêntures, pode-se citar (i) a emissão pela sociedade empresária por meio de divulgação para o mercado da escritura de emissão que contém a remuneração, as garantias e os demais direitos e obrigações; (ii) cada emissão feita pode conter uma única série ou mais de uma série de debêntures. A Lei 6404/76 prevê, em seu artigo 53, que os títulos de uma mesma série devem ser iguais, possuindo, por conseguinte, as mesmas garantias, remuneração e demais direi-

---

23 A doutrina de Tavares Borba ensina que a natureza jurídica das debêntures é de título de crédito. O autor se baseia no fato de que as elas são emitidas em conjunto e em série, sendo certo que cada título individual, como dito anteriormente, pode ser adquirido por diferentes investidores, concluindo que cada debênture unitária, na medida em que representa uma obrigação a ser cumprida perante o titular do título, tem natureza de título de crédito. Não obstante esse entendimento, Borba ressalta que as debêntures não terão que observar todas as características dos títulos de crédito, tais como a cartularidade e a literalidade. (BORBA, 2005, p. 17)

24 Fran Martins, por outro lado, define que a natureza jurídica da debênture é de valor mobiliário. "Caracterizadas desse modo, as debêntures serão valor mobiliários representativos de um empréstimo público lançado pela sociedade, tendo a natureza de títulos de renda, com juros fixos ou variáveis, considerando-se a sociedade sempre devedora dos debenturistas pelas importâncias por eles conferidas à companhia, ao subscreverem ou adquirirem tais títulos." (MARTINS, Fran. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 266.)

tos e obrigações; (iii) a cada debênture é conferido um valor nominal. Esse é o valor unitário e corresponde ao montante total da série, dividido pelo número de debêntures; (iv) possuem um preço de colocação que reflete a inclusão da correção monetária e dos juros devidos entre a data da emissão e a data da colocação do título para o mercado, haja vista que é comum que essas datas não sejam coincidentes; (v) a colocação no mercado se dá pelo procedimento de *Bookbuilding,* pelo qual o banco coordenador responsável pela colocação das debêntures no mercado prospecta os investidores e, após o recebimento das ordens, define os limites de taxas de remuneração do título; e (vi) contam com a figura do agente fiduciário, o qual representa a comunhão de debenturistas.

A Lei 12.231/11 instituiu incentivo fiscal para os adquirentes de debêntures emitidas com a finalidade de captação de recursos para compor o *funding* de 0projetos de infraestrutura. A lei dispõe, dentre outras matérias, sobre a incidência do imposto de renda sobre os rendimentos auferidos por pessoas físicas ou jurídicas decorrentes de debêntures emitidas por sociedades de propósito específico, com a finalidade de captar recursos para a realização de projetos de investimento na área de infraestrutura.

A alíquota do imposto de renda incidente sobre os rendimentos auferidos pelos titulares de debêntures emitidas para a captação de recursos destinados à realização de projetos de infraestrutura foi reduzida a zero para os casos de pessoas físicas e para 15% para as pessoas jurídicas. Determina a referida legislação:

> Art. 2º No caso de debêntures emitidas por sociedade de propósito específico, constituída sob a forma de sociedade por ações, dos certificados de recebíveis imobiliários e de cotas de emissão de fundo de investimento em direitos creditórios, constituídos sob a forma de condomínio fechado, relacionados à captação de recursos com vistas em implementar projetos de investimento na área de infraestrutura, ou de produção econômica intensiva em pesquisa, desenvolvimento e inovação, considerados como prioritários na forma regulamentada pelo Poder Executivo federal, os rendimentos auferidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no País sujeitam-se à incidência do imposto sobre a renda, exclusivamente na fonte, às seguintes alíquotas:
> I - 0% (zero por cento), quando auferidos por pessoa física; e
> II - 15% (quinze por cento), quando auferidos por pessoa jurídica tributada com base no lucro real, presumido ou arbitrado, pessoa jurídica isenta ou optante

> pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).[25]

Tais debêntures devem ser objeto de distribuição pública, haja vista o interesse de criar um mercado amplo de investidores para esses títulos e serem emitidas por sociedade concessionária, permissionária ou arredentária para captar recursos para a implementação de projetos de infraestrutura que tenham sido considerados como prioritários pelo Poder Executivo.

O caráter prioritário demonstra o exercício de atividade de controle do fomento por parte do Estado. Nesse passo, foi editado, em 11 de outubro de 2016, o Decreto 8874, que regulamenta as condições para aprovação de tais projetos de investimento, revogando o anterior Decreto 7.603, de 09 de novembro de 2011. Conforme regulamentação, o agente privado interessado em emitir as debêntures de infraestrutura deve submeter o seu projeto ao Ministério setorial competente, que, após análise, deverá emitir Portaria declarando aquele projeto específico como prioritário. Apenas a partir da edição da Portaria é que o empreendedor poderá emitir os títulos que terão seus investidores atraídos pelo benefício fiscal.

Ainda, os projetos devem visar à implantação, ampliação, manutenção ou modernização de empreendimentos de infraestrutura dos seguintes setores: logística e transporte; mobilidade urbana; energia; telecomunicações; radiodifusão; saneamento básico e irrigação.

A Portaria do Ministério setorial competente deverá também prever a forma de acompanhamento da implementação do projeto. Vale dizer acerca do controle da finalidade dos recursos que o próprio mercado acaba por também contribuir para o controle da implementação do projeto, já que é ele que irá garantir o pagamento do rendimento do título. Em se tratando de debêntures, a figura do Agente Fiduciário, responsável por tutelar os interesses da comunhão de debenturistas, assume também papel relevante no acompanhamento desses títulos. De toda sorte, a Lei 12.431 prevê a incidência de multa, a ser paga pelo emitente, de 20% do valor captado caso os recursos não sejam aportados na forma da lei.

---

[25] BRASIL, Lei 12.431, de 24 de junho de 2011. Dispõe sobre a incidência do imposto sobre a renda nas operações que especifica. Artigo 2°. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12431compilado.htm>. Acesso em 10 de julho de 2019.

Demonstrando o caráter transitório da política de fomento, a Lei 12.431/11 estipula que a redução da alíquota é aplicável aos títulos emitidos desde a edição da norma até 31 de dezembro de 2030.

Tem-se assim que as debêntures de infraestrutura refletem o interesse do legislador em fomentar o mercado privado de financiamento à infraestrutura e diversificação do *funding* necessário para o desenvolvimento de empreendimentos dessa natureza. A redução de alíquota de imposto de renda foi o instrumento escolhido para incitar investidores privados (o que inclui pessoas físicas, bancos e também fundos de investimentos) a voltarem sua poupança para títulos que irão servir para financiar significativos projetos estruturantes em setor que ainda possui grande espaço para crescer.

Como resultado parcial dessa política (já que ainda não foi alcançado o marco temporal final de sua incidência, quando só então será possível fazer um diagnóstico final), o Ministério da Economia, por meio de sua Secretaria de Política Econômica, divulga mensalmente um boletim informativo de tais debêntures incentivadas, visando apresentar sucintamente as principais informações relacionadas a elas. O boletim de maio de 2019[26] aponta que, no período de 2012 até maio de 2019, aproximadamente R$ 59 bilhões foram emitidos em ofertas públicas de debêntures de infraestrutura, sendo o ano de 2018 o responsável pela maior quantidade de recursos, demonstrando um pico de demanda. Esse volume está distribuído em cerca de 240 emissões, com maior destaque para o setor de energia. Dessas 240 emissões, 177 se referiam a projetos do setor de energia, 41 do setor de transporte, 5 do setor de telecomunicações e 5 do setor de saneamento. No setor de energia, a participação das debêntures ocupa hoje 58% do capital investido no projeto e no de transporte, 39%.

Como demonstrado no decorrer desse item, em 2011, quando foi editada a exposição de motivos da Lei 12.431/11, o cenário nacional era de concentração do financiamento de longo prazo para projetos de infraestrutura nos bancos públicos. Já o boletim de maio de 2019 divulgado pelo Ministério da Economia indica que, no setor de energia, por exemplo, as debêntures já ocupam parcela significativa do *funding* dos projetos. O sucesso ou não desse fomento apenas poderá ser medi-

[26] Disponível em <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/boletim-de-debentures-incentivadas/arquivos/2019/boletim-de-debentures-maio-2019/view>. Acesso em 22 de julho de 2019.

do ao final do período de sua vigência, quando se poderá auferir como o mercado irá se comportar após o fim do incentivo fiscal, porém os resultados parciais parecem apontar para um cenário otimista.

Conclusão

A sociedade está em constante transformação, e o papel do Estado na vida social e econômica veio passando por significativas mudanças. Desde o Estado liberal até o Estado regulador, passando pelo Estado providência, o tamanho e as atribuições que cabem ao Poder Público sofreram críticas, ajustes, evolução. O Direito Administrativo, como não poderia deixar de ser, acompanhou essa linha do tempo adequando suas teorias e análises até chegar ao cenário atual, em que se constrói a noção de que a atuação estatal deve ser pautada pela subsidiariedade e por um importante papel de regulação.

Ao Estado é dado tutelar os interesses públicos agindo de maneira complementar à iniciativa privada, promovendo a livre iniciativa. A regulação passa ao centro da atuação do Estado, com foco na primazia técnica e nas atribuições de cada instituição. As agências reguladoras, por exemplo, surgem dentro dessa ótica de tecnicidade e regulação. Assim como o fomento.

O fomento, ao representar uma forma indireta de intervenção do Estado na economia, toma maior importância nesse contexto ao permitir um alinhamento entre interesses privados e públicos, além de destacar a necessidade de planejamento público a vincular o Estado e permitir o controle de sua atuação.

As debêntures de infraestrutura e a criação de um mercado privado de financiamento de longo prazo destinado a projetos de infraestrutura servem para demonstrar esse papel fomentador e a sua importância para o desenvolvimento do país. Por meio de benefício fiscal, foi promovido um direcionamento da poupança popular para investimentos que podem ser rentáveis para os investidores interessados, ao mesmo tempo em que contribuem para a captação de recursos por parte de sociedades que irão implementar projetos destinados a desenvolver a infraestrutura nacional e que retira dos bancos públicos o papel de serem os únicos financiadores desse setor.

Nada obstante a relevância que o fomento toma dentro do Estado Regulador, que este artigo tentou trazer à luz, a matéria ainda não ocupa lugar de destaque na doutrina e seus estudos merecem aprofundamento.

Referências

ACKERMAN, Bruce. Good-bye Montesquieu. **Comparative Administrative Law**. Susan Rose-Ackerman e Peter L. Lindseth (org.). Edward Eugar Publishing. 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BORBA. José Edwaldo Tavares. **Das debêntures**. São Paulo: Renovar, 2005.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Acessado em 10 de julho de 2019

BRASIL, Lei 12.431, de 24 de junho de 2011. Dispõe sobre a incidência do imposto sobre a renda nas operações que especifica. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12431compilado.htm. Acessado em 10 de julho de 2019.

BRASIL, EM Interministerial nº 194/2010 - MF -/MDIC/MC/MCT/MEC/MME/MP. Item 2. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-194-MF-MDIC-MC-MCT-MEC-MME-MP-MPV-517-10.htm. Acessado em 10 de julho de 2019.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado de direito**. Tradução A. Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, Regulação e Reflexividade. Uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

GUERRA, Sérgio. Separação de Poderes, Executivo Unitário e Estado Administrativo no Brasil. In Revista Estudos Institucionais, Vol. 3, 1, 2017. Infraestrutura Econômica no Brasil: Diagnósticos e Perspectivas para 2025. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: IPEA, 2010.

MAJONE, Giandomenico. Do estado positivo ao estado regulador. In ***Regulação Econômica e Democracia: o debate europeu***. 2. ed. (Paulo Todescan Lessa Mattos – Coord.) São Paulo: RT, 2017.

MARTINS, Fran. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. **O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade**. São Paulo: Singular, 2006.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein. **Poder de Polícia na atualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MELLO, Célia Cunha. **O fomento da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MENDONÇA. José Vicente Santos de. **Direito Constitucional Econômico**. Forum. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MOCCIA, MARIA HERMINIA P.S. Parâmetros para a utilização do fomento público econômico: empréstimos do BNDES em condições favoráveis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

POZAS, Jordana de. Ensayo de una teoria general del fomento en el derecho administrativo. In JORDANA DE POZAS. Estudios de administración local y general: homenaje al professor Jordana de Pozas. Disponível em https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2127752. Acessado em 22/07/2019.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regula-tório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Público e Regulação no Brasil. In **Regulação no Brasil: uma visão multidisciplinar**. (Sérgio Guerra – Organizador). Rio de Janeiro: FGV, 2014.

Do atual cenário da fraude à execução fiscal em caso de alienações sucessivas de bem imóvel

Gustavo Schmidt de Almeida
Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Inovações em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela

RESUMO

O instituto da fraude à execução, inclusive à execução fiscal, vem sendo desenhado nos últimos anos pelo Superior Tribunal de Justiça. Com o advento do atual Código de Processo Civil, o tema ganhou novas cores. O conhecimento do instituto, portanto, não prescinde do conhecimento da jurisprudência da Corte. A questão ganha ainda mais relevo em razão do nascimento do regime de obrigatoriedade de observância dos julgamentos de recursos repetitivos e súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com o advento do código de processo de 2015. Um assunto peculiar neste universo é a questão da fraude à execução fiscal em casos de alienações sucessivas de bem imóvel. O presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento que vem sendo dispensado pelo Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema. Para tanto, será visto o regime jurídico da fraude à execução no Código de Processo Civil e no Código Tributário Nacional. Junto, serão estudadas decisões da Corte a respeito dos assuntos. Disso, será extraída uma conclusão sobre o panorama atual do tema.

Palavras-chave: Fraude à execução fiscal. Bem imóvel. Alienações sucessivas. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The Institute of execution fraud, including tax execution, has been designed in recent years by the Superior Court of Justice. With the advent of the current code of civil procedure, the theme has gained new colors. The knowledge of the institute, therefore, does not dispense with the knowledge of the jurisprudence of the Court. The issue is even more prominent because of the birth of the regime of compulsory observance of repetitive appeals judgments and summaries of the Superior Court of Justice and the Supreme Federal Court with the advent of the 2015 process code. A peculiar issue in this universe is the

issue of tax foreclosure in the event of successive disposals of real estate. This paper aims to analyze the treatment that has been given by the Superior Court of Justice in relation to the subject. To this end, the legal framework for enforcement fraud will be seen in the civil procedure code and the national tax code. Together, decisions of the Court on the issues will be studied. From this, a conclusion will be drawn on the current panorama of the theme.

Keywords: Fraud to tax enforcement. Very still. Successive disposals. Jurisprudence of the Superior Court of Justice.

Introdução

O instituto da fraude à execução, inclusive à execução fiscal, vem sendo desenhado nos últimos anos pelo Superior Tribunal de Justiça. Com o advento do atual Código de Processo Civil, o tema ganhou novas cores. O conhecimento do instituto, portanto, não prescinde do conhecimento da jurisprudência da Corte. A questão ganha ainda mais relevo em razão do nascimento do regime de obrigatoriedade de observância dos julgamentos de recursos repetitivos e súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal com o advento do código de processo de 2015. Um assunto peculiar neste universo é a questão da fraude à execução fiscal em casos de alienações sucessivas de bem imóvel.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento que vem sendo dispensado pelo Superior Tribunal de Justiça à fraude à execução fiscal em caso de alienações sucessivas de bem imóvel. Para tanto, será visto o regime jurídico da fraude à execução no Código de Processo Civil e no Código Tributário Nacional. Junto, serão estudadas decisões da Corte a respeito dos assuntos. Disso, será extraída uma conclusão sobre o panorama atual do tema.

1 Da configuração da fraude à execução na alienação de bem imóvel no Código de Processo Civil e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A fraude à execução no atual código processual veio delineada no artigo 792. Esse dispositivo prevê que é considerada fraude à execução na alienação ou na oneração de bem em cinco situações distintas.

A primeira delas, quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que

a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver; a segunda, quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do artigo 828. Esse artigo traz a certidão que era prevista no artigo 615-A no código anterior; a terceira, quando houver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo em que foi arguida a fraude; a quarta, que no código passado correspondia ao artigo 593, II, quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência; por fim, será considerada fraude à execução, a alienação ou oneração de bens nos demais casos expressos em lei.

Sob a luz do Código de 1973, foi instaurada divergência sobre a existência de fraude à execução diante da alienação de bem no curso do processo, porém antes do registro da penhora ou antes da averbação da certidão do artigo 615-A do Código de Processo Civil de 1973.

O Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 375, a qual dispõe que o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

A questão chegou novamente ao Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 956.943-PR, julgado em agosto de 2014. Nele, a relatora, Ministra Nancy Andrighi, entendeu que a fraude à execução depende, para sua caracterização, somente do que exigia o artigo 593 do Código de Processo Civil de 1973, ou seja, a existência de demanda capaz de reduzir o devedor à insolvência e à alienação do patrimônio do executado no seu curso, cabendo ao terceiro adquirente provar que agiu de maneira diligente, escapando de seu alcance maneiras de tomar ciência acerca dessa ação judicial. Abriu divergência o Ministro João Otávio de Noronha. Para ele, é tradição do direito presumir a boa-fé das pessoas, cabendo a quem alega provar o contrário. Neste sentido, não caberia ao terceiro adquirente provar a sua diligência, mas sim ao credor, exequente, trazer em juízo elementos idôneos para demonstrar que era de ciência dessa pessoa a existência da demanda capaz de comprometer o patrimônio da parte executada. A este entendimento se filiou a maioria do Tribunal. A Corte Superior, então, julgando o recurso sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil anterior, firmou a seguinte tese, assim ementada:

> PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375D STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECES-

> SIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.
> 1. Para fins do art. 543-c do CPC, firma-se a seguinte orientação:
> 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.
> 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375D STJ).
> 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.
> 1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.
> 1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.
> 2. Para a solução do caso concreto:
> 2.1. Aplicação da tese firmada.
> 2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, consequentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

Como se percebe da leitura do artigo 792 do atual Código Processual, foram estabelecidas cinco hipóteses distintas de fraude à execução. Merecem destaque as previstas nos incisos II, III e IV do preceptivo legal.

A primeira delas refere-se à situação em que a alienação ou oneração do bem seja feita após o registro de hipoteca judiciária ou do registro da constrição do bem; a segunda, abarca a situação em que essa alienação ou oneração é feita após a averbação da certidão da existência do processo de execução, nos termos do artigo 828, o qual se equivale ao antigo artigo 615-A; e a terceira hipótese, quando essa alienação ou oneração tenha ocorrido no curso de uma ação contra o devedor, capaz de reduzi-lo à insolvência.

Logo, depreende-se que o legislador estabeleceu três situações distintas. Para as duas primeiras, ele condicionou a fraude à execução ao registro da hipoteca judiciária ou da constrição

judicial e à averbação da certidão de existência da execução no registro do bem. Porém, para a terceira hipótese, a lei não condicionou a fraude à execução a qualquer registro ou averbação.

Além disso, foi previsto no § 2º do artigo 792 que, no caso de aquisição de bem não sujeito a registro, ao terceiro adquirente cabe o ônus de provar que atuou de forma diligente, adotando as cautelas necessárias para a aquisição do bem, através de exibição de certidões obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

Diante desse novo cenário, a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça na súmula 375, e posteriormente revigorada no Recurso Especial nº 956.943-PR, julgado sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo de 1973, precisará ser revista.

No julgamento desse recurso, o Tribunal entendeu que a alienação ou oneração de bem pode ser considerada fraude à execução, desde que: haja o registro da penhora, o que o novo Código de Processo Civil tratou no inciso III do artigo 792; ou, desde que haja a averbação da certidão do artigo 615-A no registro do bem, o que o novo Código tratou no inciso II do artigo 792. Mas o novo diploma processual reforçou a existência de uma terceira situação em que pode ser configurada a fraude à execução, prevendo, em seu artigo 792, inciso IV, que é considerada fraude à execução a alienação ou oneração do bem quando, ao tempo desse ato, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência. E essa terceira hipótese não se confunde com as outras duas.

Neste sentido, a fraude à execução, quando não houver o registro de penhora ou hipoteca judiciária ou averbação da certidão do artigo 828 do atual diploma de processo civil, dependerá da alienação ou oneração do bem quando, ao seu tempo, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência, cabendo ao terceiro adquirente o ônus de provar a sua diligência quando se tratar de bem não sujeito a registro. Por outro lado, neste ponto, ensina Amaral (2015) que, em se tratando de bem sujeito a registro próprio, como acorre com os bens imóveis, seguirá sendo aplicado o entendimento já sufragado na súmula 375 do Superior Tribunal de Justiça, vale dizer, caberá ao autor ou exequente provar a má-fé do terceiro adquirente.

A nova previsão do § 2º do artigo 792 aproxima-se do que foi exposto pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do Recurso Especial nº 956.943-PR, quando da lavratura de seu voto nesse recurso. Disse ela, sob a perspectiva da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, a qual estabelece que o ônus da pro-

va recai sobre quem tiver melhores condições de produzi-la conforme as circunstâncias fática de cada caso, que o terceiro adquirente reúne total condições de provar ter agido de boa-fé, ao passo que ao exequente é praticamente impossível provar a má-fé desse terceiro. Cabe a este terceiro se acautelar minimamente acerca da existência de processos envolvendo o vendedor do bem, mediante a busca de certidões dos cartórios distribuidores judiciais ao menos da residência do vendedor e da situação do bem. Essas diligências mínimas por parte desse terceiro demonstrariam uma situação a partir da qual seria razoável concluir que ele não teria como ter conhecimento da situação de insolvência do vendedor ou da existência de ações contra ele ajuizadas. Por outro lado, sem essa cautela mínima, estaria aberta a via do reconhecimento da fraude à execução fundada na alienação ou oneração de bens no curso de um processo contra o vendedor.

2 Da configuração da fraude à execução fiscal à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A respeito da fraude à execução fiscal, o Código Tributário Nacional, no capítulo referente às garantias e aos privilégios do crédito tributário, estabelece que

> Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)
> Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

O Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivos, em julgado de 10/11/2010, Recurso Especial 1141990 / PR de relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou a não aplicação da sua Súmula 375 aos executivos fiscais. A decisão da primeira seção foi unânime.

O acórdão tomou o seguinte teor:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À CITAÇÃO DO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE RE-

GISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO - DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N.º 118D 2005. SÚMULA 375D STJ. INAPLICABILIDADE.

1. A lei especial prevalece sobre a lei geral (*lex specialis derrogat lex generalis*), por isso que a Súmula n.º 375 do Egrégio STJ não se aplica às execuções fiscais.

2. O artigo 185, do Código Tributário Nacional - CTN, assentando a presunção de fraude à execução, na sua redação primitiva, dispunha que: "Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida em fase de execução."

3. A Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005, alterou o artigo 185, do CTN, que passou a ostentar o seguinte teor:

"Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita."

4. Consectariamente, a alienação efetivada antes da entrada em vigor da LC n.º 118D 2005 (09.06.2005) presumia-se em fraude à execução se o negócio jurídico sucedesse a citação válida do devedor; posteriormente a 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.

5. A diferença de tratamento entre a fraude civil e a fraude fiscal justifica-se pelo fato de que, na primeira hipótese, afronta-se interesse privado, ao passo que, na segunda, interesse público, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas.

6. É que, consoante a doutrina do tema, a fraude de execução, diversamente da fraude contra credores, opera-se *in re ipsa*, vale dizer, tem caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*. (FUX, Luiz. O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 95-96 D DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 278-282 D MACHADO, Hugo de Brito. Curso

de direito tributário. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 210-211 D AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 472-473 D BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 604).

7. A jurisprudência hodierna da Corte preconiza referido entendimento consoante se colhe abaixo:

"O acórdão embargado, considerando que não é possível aplicar a nova redação do art. 185 do CTN (LC 118D 05) à hipótese em apreço (*tempus regit actum*), respaldou-se na interpretação da redação original desse dispositivo legal adotada pela jurisprudência do STJ.

(EDcl no AgRg no Ag 1.019.882D PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06D 10D 2009, DJe 14D 10D 2009)

"Ressalva do ponto de vista do relator que tem a seguinte compreensão sobre o tema: [...] b) Na redação atual do art. 185 do CTN, exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005);".

(REsp 726.323D SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 04D 08D 2009, DJe 17D 08D 2009)

"Ocorrida a alienação do bem antes da citação do devedor, incabível falar em fraude à execução no regime anterior à nova redação do art. 185 do CTN pela LC 118D 2005".

(AgRg no Ag 1.048.510D SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19D 08D 2008, DJe 06D 10D 2008)

A jurisprudência do STJ, interpretando o art. 185 do CTN, até o advento da LC 118D 2005, pacificou-se, por entendimento da Primeira Seção (EREsp 40.224D SP), no sentido de só ser possível presumir-se em fraude à execução a alienação de bem de devedor já citado em execução fiscal.

(REsp 810.489D RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 23D 06D 2009, DJe 06D 08D 2009)

8. A inaplicação do art. 185 do CTN implica violação da Cláusula de Reserva de Plenário e enseja reclamação por infringência da Súmula Vinculante n.º 10, *verbis*: "Viola a cláusula de reserva de plenário (cf, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

9. Conclusivamente: (a) a natureza jurídica tributária do crédito conduz a que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem

> a reserva de meios para quitação do débito, gera presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução (lei especial que se sobrepõe ao regime do direito processual civil); (b) a alienação engendrada até 08.06.2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução; se o ato translativo foi praticado a partir de 09.06.2005, data de início da vigência da Lei Complementar n.º 118D 2005, basta a efetivação da inscrição em dívida ativa para a configuração da figura da fraude; (c) a fraude de execução prevista no artigo185 do CTN encerra presunção *jure et de jure*, conquanto componente do elenco das "garantias do crédito tributário"; (d) a inaplicação do artigo185 do CTN, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da Cláusula Reserva de Plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do STF.
> 10. *In casu*, o negócio jurídico em tela aperfeiçoou-se em 27.10.2005, data posterior à entrada em vigor da LC 118D 2005, sendo certo que a inscrição em dívida ativa deu-se anteriormente à revenda do veículo ao recorrido, porquanto, consoante dessume-se dos autos, a citação foi efetuada em data anterior à alienação, restando inequívoca a prova dos autos quanto à ocorrência de fraude à execução fiscal.
> 11. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08D 2008.

Como se colhe do julgado, o Superior Tribunal de Justiça afastou o regime do Código de Processo Civil porque o Código Tributário Nacional encerra disposição específica sobre o tema, afastando a lei geral.

A corte também afirmou que o tratamento diferenciado justifica-se em razão do interesse público que há na execução fiscal, pois o tributo destina-se à satisfação de necessidades coletivas. E, ainda, assentou que a inaplicação do artigo 185 do Código Tributário Nacional, dispositivo que não condiciona a ocorrência de fraude a qualquer registro público, importa violação da cláusula reserva de plenário e afronta à Súmula Vinculante n.º 10, do Supremo Tribunal Federal.

No voto condutor, foi consignado pelo Ministro relator que, conforme lições da doutrina, na fraude à execução é impertinente a análise do elemento volitivo-subjetivo, sendo constatada objetivamente, sem indagar da intenção dos partícipes do negócio jurídico. A fraude à execução, decidiu, opera-se *in re ipsa*, com caráter absoluto, objetivo, dispensando o *concilium fraudis*. Foi resolvido que, em que pese essa presunção de frau-

de na execução civil privada seja mitigada por força da Súmula 375 da Corte, tal fenômeno não se operaria na execução fiscal. Isso porque a execução não visaria ao interesse particular, mas sim ao público, bem como, citando lições da doutrina, o artigo 185 do Código Tributário Nacional encerraria uma presunção legal e absoluta de fraude à execução.

Foi assentado no voto condutor que

> o entendimento escorreito deve ser o que conduz a que o registro da penhora não pode ser exigência à caracterização da fraude no âmbito dos créditos tributários, porquanto, nesse campo, há uma regra própria e expressa, máxime após a vigência da Lei Complementar n.º 118/2005, porquanto o vício exsurge antes mesmo da citação da parte, mercê de a inscrição na dívida ativa ser precedida de processo administrativo.

Neste sentido, para o Superior Tribunal de Justiça, para a configuração da fraude à execução fiscal, basta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, pelo sujeito passivo por quantia inscrita em dívida ativa, sem a reserva de meios para quitação do débito, advindo daí presunção absoluta (*jure et de jure*) de fraude à execução fiscal.

3 Da aplicabilidade do entendimento firmado no Recurso Especial 1.141.990/PR na hipótese de alienações sucessivas

O código de Processo Civil de 2015 trouxe, dentre outras novidades, a observância obrigatória das súmulas e dos julgamentos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal em demandas repetitivas, conforme se extrai dos artigos 927 III e IV e 489, § 1º, VI:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.
Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
II - os enunciados de súmula vinculante;
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.
§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.
§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
§ 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.
§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.
§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Explica Neves (2016) que, a despeito de uma doutrina minoritária entender que a expressão "observarão", prevista *caput* do art. 927, criaria só um dever do órgão jurisdicional levar em consideração os precedentes e enunciados previstos na norma, sem obrigação de segui-los, o código processual impõe o dever de observância obrigatória desses precedentes e enunciados.

Como leciona Amaral (2015) nos seus comentários às alterações do novo Código de Processo Civil, é dever do Juiz, ao deixar aplicar precedente vinculante nos termos desses artigos, fundamentar a sua decisão, restrita, no entanto, a duas situações: a) ou demonstrar que o caso levado à sua apreciação não encontra similitude fática ou jurídica com o precedente vinculante; ou b) demonstrar que o precedente encontra-se superado. Explica o doutrinador que a primeira hipótese é a técnica denominada *distinguishing,* comum na *Common Law*, em que o julgador demonstra que a razão de decidir do precedente não se amolda ao caso concreto lhe posto a julgamento; e a segunda, é a superação do precedente.

Da leitura do relatório e voto do Recurso Especial 1141990, julgado em 10/11/2010, percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça teria enfrentado a situação em que o adquirente do bem que lhe fora alienado pelo devedor do executivo fiscal ingressa com seus embargos de terceiro.

> O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator): Preliminarmente, revela-se cognoscível a insurgência especial, ante o prequestionamento da matéria federal suscitada.
> A matéria fática merece ser relatada, posto influente na tese a ser proposta.
> *In casu*, o executado Rodrigo da Silveira Maia foi citado em executivo fiscal no dia 24.10.2005, e 3 (três) dias após, em 27.10.2005, alienou bem de sua propriedade, consistente em uma motocicleta YAMAHA, modelo YZF R1, ano 2000, para o Sr. José Agnaldo de Moraes, parte ora recorrida.
> Destarte, em 15.01.2007, requereu-se a penhora do aludido bem, tendo sido deferida a constrição em 13.02.2007, sendo certo que por força da mesma, José Agnaldo de Moraes ingressou com a ação de embargos de terceiro, que foi julgada procedente em 1.ª instância e teve o recurso de apelação, manejado pela Fazenda Nacional, desprovido no âmbito do TRF da 4.ª Região.
> Cumpre destacar que a Corte Regional fundou-se no argumento de que o adquirente estaria de boa-fé, porquanto não havia registro de penhora concernente

> à motocicleta, não atentando para o fato de que a alienação se operara no curso da vigência da nova redação do artigo 185 do CTN, modificado pela Lei Complementar n.º 118, de 9 de fevereiro de 2005.

Daí seria lícito entender pela distinção do caso que ensejou a decisão fixada no rito dos recursos repetitivos daquela situação que envolvesse alienações sucessivas. Essa distinção estaria autorizada pelo art. 489, § 1º, VI do Código de Processo Civil. Seria afastada, como corolário, a aplicação do artigo 927, III do Código, com fulcro no artigo 489, § 1º, VI, do mesmo diploma, podendo o Juízo da causa decidir de forma diversa do que fora assentado no recurso repetitivo.

Entretanto, muito recentemente e aproximadamente oito anos após a decisão do recurso especial repetitivo, a primeira seção do Superior Tribunal Justiça, em 14/11/2018, julgou os embargos de declaração EDcl no REsp 1141990 / PR, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, aclarando o acórdão do recurso especial.

Nas razões recursais, o embargante esclareceu à Corte que a situação dos autos era de alienações sucessivas, ao contrário do que consignara o acórdão do recurso repetitivo. A parte recorrente demonstrara nos autos que adquirira do bem, no caso uma motocicleta, de pessoa alheia à execução fiscal.

Como se infere do relatório

> Em suas razões, o embargante aponta a ocorrência de erro material, asseverando, em síntese, que, ao contrário do que constou no voto condutor do julgado, não foi o executado Rodrigo Silveira Maia que alienou a motocicleta ao recorrido, José Agnaldo de Morais, e sim já uma terceira, a Sra. Anna Carolina Egoroff Galli (fls. 338). E complementa que a aquisição não ocorreu em outubro de 2005, mas em dezembro de 2006, por meio de revendedora autorizada e financiamento bancário.
> 3. Destaca que, nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, a boa-fé do adquirente é prestigiada quando o bem alienado é objeto de sucessivas transmissões.

A Corte acolheu os embargos de declaração, reconheceu esse erro material, no entanto, não lhes conferiu efeito modificativo.

O Tribunal assentou que, ainda que se trate de alienações sucessivas, isso não alteraria o resultado do julgamento.

> Conclui-se que, à luz do disposto no art. 185 do CTN, deve ser mantida a tese firmada pelo acórdão

> embargado, segundo a qual, diante da entrada em vigor da LC 118/2005, o simples fato de a oneração ou alienação de bens, rendas ou direitos ocorrer após a inscrição da dívida ativa de crédito tributário, sem reservas de quantia suficiente à quitação do débito, gera presunção de fraude à execução, sendo irrelevante a prova do *concilium fraudis*, visto que, nessa hipótese, a presunção é *jure et de jure*, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações.

A ementa integral do acórdão ficou assim lançada:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. OCORRÊNCIA DE ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM POSTERIOR À INSCRIÇÃO E DÍVIDA ATIVA. IRRELEVANTE, NA HIPÓTESE, O FATO DE INEXISTIR REGISTRO NO DEPARTAMENTO DE TRÂNSITO-DETRAN. INEFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO, MESMO NA HIPÓTESE DE SUCESSIVAS ALIENAÇÕES. PRESUNÇÃO JURE ET DE JURE. ART. 185 DO CTN, COM A REDAÇÃO DADA PELA LC 118/2005. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375/STJ. QUESTÕES NÃO SUSCITADAS EM CONTRARRAZÕES. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO PARTICULAR PARCIALMENTE ACOLHIDOS, PARA SANAR ERRO MATERIAL SEM, CONTUDO, CONFERIR-LHES EFEITOS MODIFICATIVOS.
> 1. Os Embargos de Declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou sanar erro material existente no julgado. 2. Ressalte-se, por oportuno, que esta Corte admite a atribuição de efeitos infringentes a Embargos de Declaração, apenas quando o reconhecimento da existência de eventual omissão, contradição ou obscuridade acarretar, invariavelmente, a modificação do julgado, o que não se verifica na hipótese em tela. 3. Na hipótese, a *quaestio juris* envolve a mitigação da presunção de fraude por força da Súmula 375/STJ, mesmo quando a alienação do bem sucede a citação válida na Execução Fiscal, quando já em vigor a LC 118/2005, que deu nova redação do art. 185 do CTN, antecipando-se a presunção de fraude para o momento da inscrição em dívida ativa. 4. O comando da Súmula 395 do STJ, apesar de publicada em 23.9.2009, ou seja, após a edição das alterações introduzidas no art. 185 do CTN pela LC 118/2005, limitou-se a espelhar a jurisprudência consolidada preexistente à sua edição, atinente ao momento em que ocorre a fraude à execução, inclusive com precedentes proferidos em sede de Embargos à Execução que versaram sobre alienação ocor-

rida no curso da vigência da nova redação do art. 185 do CTN. 5. Todavia, não obstante assistir razão ao embargante quando explicita a premissa equivocada adotada pelo julgado embargado, ao afirmar que os precedentes que ensejaram à edição da súmula não foram exarados em processos tributários nos quais se controverteu em torno da redação do artigo 185 do CTN (fls. 325), é despiciendo dizer que o verbete sumular é apenas o resumo sintético da jurisprudência preexistente sobre o tema, respaldada em julgados de todas as Seções do STJ, mas que não foi concebida a partir da interpretação de normas tributárias, nem afastou expressamente a aplicação do referido preceito de legislação. 6. Logo, não há como afastar a presunção de fraude, com amparo na Súmula 375 do STJ, quando se tratar de Execução Fiscal, em que há legislação específica, qual seja, o art. 185 do CTN, na redação dada pela LC 118/2005, cujo escopo não é resguardar o direito do terceiro de boa-fé adquirente a título oneroso, mas sim de proteger o interesse público contra atos de dilapidação patrimonial por parte do devedor, porquanto o recolhimento dos tributos serve à satisfação das necessidades coletivas. 7. Outro aspecto de extremo relevo para a fixação da tese é de que a existência do verbete sumular não obsta o exame da questão sobre a sistemática do recurso repetitivo previsto no art. 543-C do CPC/1973, notadamente quando se pretende afastar a regra inserta no art. 185 do CTN, sem, no entanto, submeter o tema ao devido incidente de inconstitucionalidade, em clara ofensa ao princípio da reserva de Plenário, previsto no art. 97 da CF. 8. Assim, o afastamento da norma prevista no art. 185 do CTN, na redação dada pelo LC 118/1995, só seria possível se após a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal, o que exigiria reserva de plenário e *quorum* qualificado, em obediência ao art. 97 do CF. 9. Verifica-se, ainda, erro material no acórdão hostilizado, na medida em que é fato incontroverso nos autos que o ora embargante adquiriu o bem de terceira pessoa, Sra. Ana Carolina Egoroff da Silva, e não do próprio executado, Sr. Rodrigo da Silveira Maia, como consignado pelo então relator. 10. O equívoco ocorrido, entretanto, não tem o condão de alterar o resultado do julgamento, haja vista que a discussão dos autos gira em torno da configuração da fraude à execução quando a alienação foi efetivada após a citação do executado para responder pela dívida tributária já inscrita, na vigência da LC 118/2005, que alterou a redação do art. 185 do CTN, para entender que o *concilium fraudis* se caracteriza sempre que a alienação é efetuada após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa. 11. Como se constatou que, na hipótese em apreço, o sujeito passivo em débito com a Fazenda Pública alie-

> nou o bem de sua propriedade após já ter sido validamente citado no Executivo Fiscal, é irrelevante ter ocorrido uma cadeia sucessiva de revenda do bem objeto da constrição judicial, já que o resultado do julgamento não se altera no caso, pois restou comprovado, de forma inequívoca, que aquela alienação pretérita frustrou a atividade jurisdicional executiva. 12. Portanto, ainda que o vício processual somente tenha sido revelado após a revenda do bem, considera-se perpetrado desde a data do negócio jurídico realizado pelo executado, porquanto já ocorrera a inscrição em dívida ativa e até mesmo a sua citação. Isso porque é absoluta a presunção da fraude, sendo desinfluente que o ora embargante tenha obtido o bem de um terceiro. 13. Conclui-se que, à luz do disposto no art. 185 do CTN, deve ser mantida a tese firmada pelo acórdão embargado, segundo a qual, diante da entrada em vigor da LC 118/2005, o simples fato de a oneração ou alienação de bens, rendas ou direitos ocorrer após a inscrição da dívida ativa de crédito tributário, sem reservas de quantia suficiente à quitação do débito, gera presunção de fraude à execução, sendo irrelevante a prova do *concilium fraudis*, visto que, nessa hipótese, a presunção é *jure et de jure*, mesmo no caso da existência de sucessivas alienações. 14. Por fim, no pertinente à alegada omissão do Órgão Julgador em apreciar o segundo argumento dos Embargos de Terceiros, referente à não ocorrência de insolvência dos co-executados, cumpre esclarecer que a questão não foi suscitada em Contrarrazões, razão pela qual não pode ser posteriormente suscitada em sede de Embargos de Declaração, porquanto caracteriza inovação recursal. Na hipótese, opera-se a preclusão consumativa, conforme entendimento consolidado nesta Corte
> Superior. Precedentes: AgRg no REsp. 1.556.433/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 19.12.2016; AgRg no AREsp. 758.425/SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, DJe 3.2.2016; AgInt no REsp.
> 1.625.865/SP, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 2.6.2017; AgRg no REsp. 1.649.233/RS, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, DJe 3.5.2017.
> 15. Embargos de Declaração interpostos pelo Particular parcialmente acolhidos, para suprir os vícios indicados, sem, contudo, conferir-lhes efeitos modificativos.

A decisão, contudo, não é infensa a críticas.

A declaração de ineficácia, que se opera com o reconhecimento da fraude à execução fiscal, não pode afetar pessoas totalmente alheias à alienação do bem imóvel pelo devedor inscrito em dívida ativa. É que, nessas situações, o adquirente do

bem imóvel obtém o bem de alguém que não é parte do executivo fiscal, nem sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública inscrito em dívida ativa.

O artigo 185-A do CTN estabelece que se presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.(Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005).

No caso de alienações sucessivas, o alienante do imóvel não é sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública. A norma jurídica não alcança os fatos narrados, uma vez que não subsumidos à letra abstrata da norma jurídica. Não há na lei a obrigação do adquirente em verificar a situação fiscal de todos os antigos proprietários do bem imóvel, mas apenas do atual proprietário. Não se pode lançar sobre a alienação sucessiva o manto da ineficácia.

O Ministro Herman Benjamin, relator do Recurso Especial 1666827/PR, julgado em 13/06/2017 pela segunda turma do Superior Tribunal de Justiça, manifestou em seu voto que a presunção de fraude à execução, nos termos do artigo 185 do Código Tributário Nacional, existira apenas em relação ao sujeito em débito inscrito em dívida ativa. Como corolário, o preceptivo legal não abrangeria situações envolvendo alienações sucessivas.

Eis o teor do acórdão

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. IMÓVEL. COISA JULGADA MATERIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015 NÃO DEMONSTRADA. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se de Recurso Especial contra acórdão que manteve sentença que julgou procedentes os Embargos de Terceiro na forma do art. 269, I, do CPC, para determinar o levantamento, nos autos de Execução Fiscal 50015268920154047000, da penhora incidente sobre o imóvel objeto da matrícula 265.859 do 11º CRI de São Paulo. RECURSO ESPECIAL DO BANCO CENTRAL DO BRASIL 2. Não se conhece de Recurso Especial em relação à ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015 quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF. 3. No tocante à suposta ofensa à coisa julgada material, o Tribunal de origem asseverou: "a embargante ITC em nenhum momento interveio nos autos de execução fiscal, de modo que as decisões nela proferidas não a

vinculam (art. 47 do CPC)" (fl. 931, e-STJ). Segundo a regra geral disposta no artigo 472 do CPC/1973, a coisa julgada só opera efeito entre as partes integrantes da lide. Assim, não há falar em extensão dos efeitos da coisa julgada ao terceiro de boa-fé. 4. No que tange à alegada Fraude à Execução, o Tribunal *a quo* consignou: "Na hipótese em tela, o art. 185 do CTN não sustenta a declarada fraude à execução, pois pressupõe que, ao tempo da alienação, houvesse 'crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa'. O crédito em questão não foi regularmente inscrito em dívida ativa em nome do alienante do imóvel, não estando, assim, presente o requisito básico do reconhecimento da fraude à execução" (fl. 936, e-STJ). No que se refere à fraude à Execução Fiscal, deve ser observado o disposto no art. 185 do CTN. Antes da alteração da Lei Complementar 118/2005, pressupõe fraude à Execução a alienação de bens do devedor já citado em Execução Fiscal. Com a vigência do normativo complementar, em 8.5.2005, a presunção de fraude ocorre apenas com a inscrição do débito em dívida ativa. Assim, tendo em vista que o crédito controvertido nos presentes autos não foi regularmente inscrito em dívida ativa em nome do alienante do imóvel, ausente requisito essencial ao reconhecimento da Fraude à Execução, nos termos da jurisprudência consolidada do STJ. A propósito: REsp 1.654.320/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24.4.2017; AgInt no REsp 1.634.920/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 8.5.2017; AgRg no REsp 1519994/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17.3.2016; AgRg no AREsp 750.038/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.10.2015. RECURSO ESPECIAL DE ITC TREASURY S/A E NELSON APARECIDO LODE 5. Quanto aos honorários advocatícios, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, seria necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ. 6. "A fixação da verba honorária consoante o art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC deve levar em consideração o efetivo trabalho que o advogado teve na causa, seu zelo, o lugar da prestação, a natureza e importância da causa, tudo consoante apreciação equitativa do juiz não restrita aos limites percentuais de 10% e 20%, e não aquilo que com ela o advogado espera receber em razão do valor da causa" (REsp 1.446.066/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 12.5.2014). 7. O Superior Tribunal de Justiça atua na revisão da verba honorária somente quando esta tratar de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso. Assim, o reexame das razões de

> fato que conduziram a Corte de origem a tais conclusões significaria usurpação da competência das instâncias ordinárias. Incidência da Súmula 7/STJ. CONCLUSÃO 8. Recurso Especial do Banco Central do Brasil parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido, e Recurso Especial de ITC Treasury S/A e Nelson Aparecido Lode não conhecido.

A respeito deste assunto, devem ser conferidas as didáticas palavras de Walcher (2014)

> Cumpre observar que o art. 185 do CTN não é fundamento legal que autorize – mesmo se interpretado extensivamente – a conclusão de que o adquirente de um bem tem o dever de exigir certidões negativas em nome de seus anteriores proprietários remotos. Na dicção legal, é presumida como fraudulenta a "alienação ou oneração de bens por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública", e não a alienação de bens por sujeito que não é devedor da Fazenda Pública, mas que adquiriu o bem de outrem, que por sua vez era devedor de crédito inscrito em dívida ativa quando o alienou ao terceiro (alienante sucessivo). Não há fundamento legal para obrigar o adquirente a investigar a regularidade fiscal de todos os integrantes da cadeia de anteriores proprietários do bem.

Para casos assim, o mesmo autor alerta que a Fazenda Pública não está desprotegida, desde que registre na matrícula a existência da execução (art. 828 do CPC) ou a penhora, conferindo a publicidade necessária da execução a terceiros; e, em se tratando de crédito não ajuizado, cabe o uso da medida cautelar fiscal, prevista na Lei nº 8.397/92, que é cabível em diversas hipóteses.

Adverte também o autor, a respeito das dificuldades práticas que o reconhecimento da fraude à execução fiscal em sede de alienações sucessivas impõe, que

> Não há, também, a possibilidade fática de obtenção, pelo adquirente, retroativamente, de certidões de regularidade fiscal, contemporâneas à época das anteriores alienações. É que os sistemas fazendários permitem a verificação da atual situação de um determinado contribuinte, e não da situação fiscal de um determinado contribuinte em data certa e pretérita. Portanto, acolher a tese da automática ineficácia da alienação sucessiva perante o fisco significaria admitir como exigível uma providência sem qualquer base legal – e em razão disso inexigível do terceiro, que

> não pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão em virtude de lei (CF/88, art. 5º) – e de impossível concretização na realidade mundana, com evidentes prejuízos à segurança jurídica negocial, à previsibilidade do direito objetivo, à boa-fé do terceiro e ao respeito deste pela legislação vigente, em uma desmesurada proteção do crédito fazendário (interesse público secundário), em detrimento da idoneidade do mercado de compra e venda de bens (interesse público primário).

Ademais, atribuir presunção absoluta de fraude à execução prejudicando atos jurídicos totalmente alheios à execução fiscal, sob o fundamento de que este regime se justificaria por conta do interesse público do executivo fiscal, não é razoável. O adquirente do imóvel, em razão da decisão do Superior Tribunal Justiça, para evitar os efeitos da fraude à execução fiscal, deverá obter a certidão de regularidade fiscal de todas as pessoas que alguma vez foram as proprietárias do bem, e, além disso, em todos os municípios brasileiros, em todos os estados e Distrito Federal e também da União.

São valiosas as observações de PETERSEN (2015)

> A respeito dos tipos presuntivos tributários, deve ser destacada a existência de limites constitucionais e legais a estes tipos, que significam a exigência de se avaliar (i) a consistência em abstrato da máxima de experiência utilizada pelo legislador como fundamento do tipo; (ii) a consistência em concreto dessa máxima de experiência; e (iii) o direito à contraprova por parte daquele em detrimento de quem é cogitada a incidência do tipo.(30) Sem embargo de a consideração desses dois últimos limites ser incompatível com a existência da presunção legal absoluta, é possível utilizar, como parâmetro de constitucionalidade da presunção absoluta, (31) o primeiro limite, relativo à consistência em abstrato da máxima de experiência.
> O Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar como absoluta a presunção referida no art. 185 do CTN, parte da máxima de experiência de que aquele que celebra com cautela um negócio jurídico necessariamente exigiria, ou deveria exigir, certidões fiscais, vindo, assim, a conhecer o estado em que se encontra o contratante em potencial perante o Fisco. No Brasil, há mais de cinco mil municípios, vinte e seis estados-membros, o distrito federal, além da União. Se a presunção é absoluta, isso significa que o reconhecimento da má-fé pode derivar da existência de inscrição em dívida ativa em quaisquer das unidades federativas. No entanto, não é razoável exigir, em cada negócio jurídico, a extração de mais de cinco mil certidões

> de dívida ativa, o que, por si só, esclarece a impossibilidade de se atribuir caráter absoluto à presunção, embora possível a visualização do caráter relativo. Demonstrada a inconsistência da máxima de experiência subjacente à interpretação da presunção constante do tipo do art. 185 do CTN como absoluta, fica evidenciada, por consequência, a contrariedade ao direito fundamental à prova (a contrário sensu, art. 5º, LVI, da CF), pois o terceiro adquirente se encontra impedido de demonstrar a inconsistência da presunção. Em última análise, há a violação do direito fundamental à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF) por parte do terceiro adquirente, cujos embargos de terceiro – normalmente o instrumento utilizado para impugnar a decisão em que, nos autos da execução fiscal, é reconhecida a fraude – não terão qualquer serventia, estando de antemão destinados à rejeição mediante o julgamento antecipado do mérito.

Outrossim, é lícito visualizar a responsabilidade civil do devedor tributário pelos danos sofridos pelos posteriores adquirentes do bem imóvel ao longo do tempo. Daí advirão situações em que o executado do feito fiscal poderá ser responsabilizado por todas as alienações sucessivas do imóvel que forem declaradas ineficazes perante o erário, sem solução de continuidade.

Os Tribunais Regionais Federais da quarta e quinta regiões, enfrentando casos de alienações sucessivas, já afastaram a decisão tomada no Resp 1.141.990/PR, e protegendo o adquirente de boa-fé, no entanto, são decisões anteriores à dos embargos de declaração EDcl no REsp 1141990/PR:

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. IMÓVEL. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS. SEGURANÇA JURÍDICA DO NEGÓCIO. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA. APRESENTAÇÃO DAS CERTIDÕES NEGATIVAS DO ÚLTIMO VENDEDOR. CAUTELAS NECESSÁRIAS. COMPROVAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA DO NEGÓCIO. RECURSO REPETITIVO RESP. 1.141.990/PR. TEMA STJ Nº 290. NÃO APLICABILIDADE EM RAZÃO DAS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. 1. A aplicação do Recurso Repetitivo REsp. 1.141.990/PR não é automática, podendo a presunção de fraude ser afastada quando o terceiro comprovar de forma inequívoca a sua boa-fé, a qual somente pode ser alegada quando não houver o registro de penhora ou de qualquer gravame sobre o bem. A decisão judicial que decretou fraude à execução fiscal não pode produzir efeitos em relação ao último adquirente de imóvel quando este comprou o bem em segunda alienação desembaraçado de qualquer ônus no registro

imobiliário, não havendo demanda capaz de conduzir o alienante à insolvência, e, também, quando a Fazenda Pública não comprovou a negligência ou má-fé do último comprador. Sendo o imóvel sujeito a registro, deve a Fazenda Pública apurar a existência de alienações posteriores, requerendo a necessária integração de terceiros à lide, para estender a estes os efeitos da decretação da fraude à execução. Caso não providenciada a integração de terceiros à lide, a projeção 'extra' autos dos efeitos da decisão dependerá de demonstração, pela Fazenda Pública, da má-fé ou negligência dos posteriores adquirentes do bem, nas alienações onerosas supervenientes, devendo prevalecer, se não houver tal demonstração, o princípio da boa-fé. Se houver alienações sucessivas, a presunção de boa-fé favorece os posteriores adquirentes. Assim deve ser interpretado o art. 185 do CTN. Não se pode atribuir ao crédito tributário privilégio que vai além daqueles expressamente previstos na legislação tributária. Uma vez que a parte embargante não adquiriu o imóvel diretamente do devedor/executado, mas de terceira pessoa que havia adquirido daquele, e ausentes provas de que tivesse conhecimento efetivo ou presuntivo da existência de demanda capaz de levar o devedor/executado à insolvência, não há como subsistir o reconhecimento de ocorrência de fraude à execução, sob pena de se desprestigiar a segurança dos negócios jurídicos. Analisando detalhadamente os documentos anexados à inicial, bem como levando em conta o entendimento desta Turma, em que no caso de alienações sucessivas de imóveis, não é razoável exigir do último comprador que investigue toda a cadeia dominial do imóvel, em busca de certidões negativas dos proprietários anteriores, sendo suficiente que a última compra tenha seguido todos os trâmites legais, o que no caso ocorreu, tenho que não houve fraude à execução. Sentença mantida. (TRF4, AC 5004044-09.2016.404.7003, SEGUNDA TURMA, Relatora LUCIANE AMARAL CORRÊA MÜNCH, juntado aos autos em 28/06/2017)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SEGUNDA AQUISIÇÃO FEITA À PESSOA ESTRANHA AO EXECUTIVO FISCAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTO DO ARTIGO 185 DO CTN. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. DESCABIMENTO.
I - O Egrégio STJ, no REsp 1.141.990-PR decidiu que posteriormente à 09.06.2005, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa.
II - Não há que se falar em fraude à execução, quando, por ocasião da transação de compra e venda a que se refere a presente lide, era exigível do terceiro embargante, ora apelado, a pesquisa em relação ao

> vendedor direto do imóvel, no caso, pessoa diversa do executado/devedor fiscal, estranho ao feito executivo. III - Descabimento do juízo de retratação. Manutenção do acórdão proferido na sessão de julgamentos do dia 29/10/2013. Apelação improvida. (Apelação cível 00001774520134058305, Relator: Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho (Convocado), Órgão Julgador: Quarta Turma, Data do Julgamento: 06/05/2014).

Em 19 de janeiro de 2015, foi publicada a Lei 13.097.

Esse diploma legal passou a prever, em seu artigo 54, IV, combinado com o seu artigo 56, que os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenha sido registrada nem averbada na matrícula do imóvel a existência de outro tipo de ação, diversa de uma execução ou cumprimento de sentença, cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil. Essa averbação será realizada por determinação judicial e conterá a identificação das partes, o valor da causa e o juízo para o qual a petição inicial foi distribuída. Já o parágrafo único desse artigo 54 estabelece que a falta dessa averbação impede que sejam opostas ao terceiro adquirente de boa-fé situações jurídicas não constantes da matrícula.

As remissões feitas pela lei são a dispositivos do Código de Processo Civil revogado. Por força do art. 1.046, § 4º do atual estatuto de processo, essas remissões passam a se referir às disposições que lhes são correspondentes no novo Código.

No entanto, por se tratar de lei ordinária, é lícito entender que suas disposições não se aplicam à execução fiscal. Isso porque garantias e privilégios do crédito tributário devem vir veiculados por meio de lei complementar, como é exigido pelo artigo 146 da Constituição Federal. A matéria, hoje, é tratada pelo Capítulo VI do Título III do Código Tributário Nacional, que trata do crédito tributário, recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar.

4 Das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre a fraude à execução fiscal em caso de alienações sucessivas

Após pesquisa de decisões no site do Superior Tribunal de Justiça com as palavras “execução fiscal”, “fraude” e “alienações sucessivas”, foi encontrado o resultado a seguir.

Foram localizados 15 acórdãos. Dez deles da segunda turma; um da seção especial; e quatro da primeira turma, sendo um de 2019, e outros mais antigos, dos anos de 2003, 2007 e 2008.

Todos os acórdãos da segunda turma foram no sentido de declarar a ineficácia de alienações em razão da fraude à execução, ainda que se trate de alienações sucessivas. Foram relatores os Ministros Herman Benjamin, Francisco Falcão, Og Fernandes e Humberto Martins.

Dos julgados, infere-se que a segunda turma do Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a alienação ou oneração do bem após a inscrição do débito em dívida ativa sem reservas de quantia suficiente à quitação do débito gera uma presunção *jure et de jure* de fraude à execução, pouco importando a existência de sucessivas alienações, mesma orientação do recurso especial repetitivo.

Nesta linha:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL NA ORIGEM. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. OMISSÃO ALEGADA NO ACÓRDÃO ATACADO NÃO CONHECIDA. SÚMULA 248/STF. ALIENAÇÕES SUCESSIVAS DO BEM DE RAIZ REALIZADAS APÓS A CITAÇÃO DO DEVEDOR. FRAUDE CONFIGURADA. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. ENTENDIMENTO DO STJ PACIFICADO VIA RECURSO REPETITIVO. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.
> 1. A tese de ofensa ao art. 1.022, II, do CPC/2015 não pode ser conhecida em razão de ausência de indicação dos pontos supostamente omissos pelo Tribunal de origem. Assim, é inviável o conhecimento do Recurso Especial nesse ponto, ante o óbice da Súmula 284/STF.
> 2. Não obstante, o mérito recursal propriamente dito merece acolhimento.
> 3. Sustenta a recorrente a existência objetiva de fraude à execução, uma vez que "os primeiros alienantes já figuravam como corresponsáveis na execução fiscal distribuída em 24/05/2001, tendo sido inclusive citados antes da alienação do imóvel de que se cuida". (fl. 170, e-STJ).
> 4. Não obstante, o Tribunal regional asseverou que "ainda que não se exija comprovação de má-fé no reconhecimento da fraude à execução (...) essa não pode se estender infinitamente, por falta de previsão legal e pelos princípios acima mencionados" (fls. 128-129, e-STJ).
> 5. Com a vigência da Lei Complementar 118/2005, em 8.5.2005, a presunção de fraude à Execução Fiscal - conforme entendimento pacificado do STJ via Recurso Repetitivo - ocorre com a inscrição do débito em

> dívida ativa e é absoluta, o que torna irrelevante a conclusão do Tribunal de piso a respeito da suposta boa-fé do adquirente.
> 6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesse ponto, provido para reconhecer a existência de fraude à execução no caso em tela, restabelecendo a sentença de origem na íntegra**.**
> REsp 1770203/SP – RECURSO ESPECIAL 2018/0253052-7, Ministro HERMAN BENJAMIN (1132), T2 - SEGUNDA TURMA, data do Julgamento 05/02/2019
>
> PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO, DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. FRAUDE À EXECUÇÃO FISCAL.
> I - A respeito da alegada fraude à execução, ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que a alienação de bens, realizada após a regular inscrição do crédito tributário em dívida ativa, configura fraude à execução fiscal, mesmo nos casos de sucessivas alienações, sendo desnecessário provar a má-fé do terceiro adquirente.
> II - Nesse sentido: AgInt no AREsp n. 936.605/SC, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016; AgR no AREsp n. 135.539/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/12/2013, DJe 17/6/2014.
> III - Agravo interno improvido.
> AgInt nos EDcl no REsp 1655824 / RS AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2017/0038262-3, Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116), T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/12/2018.

O acórdão da primeira seção, data do julgamento 14/11/2018, é dos embargos de declaração opostos em face do recurso repetitivo que fixou a tese já exposto anteriormente, Recurso Especial 1141990 / PR, que fora julgado em 10/11/2010. O relator foi o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.

Com relação aos julgados da primeira turma, a decisão mais recente, de 1º/04/2019, AgInt no REsp 1725410/RS, também de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, seguiu a decisão do recurso repetitivo.

Entretanto, o relator deixou consignado em seu voto o seu entendimento, no seguinte sentido:

> No mais, faço a ressalva do meu entendimento para afirmar a impossibilidade de presunção absoluta em favor da Fazenda Pública, isso porque nem mesmo o direito à vida tem caráter absoluto que dirá questões envolvendo pecúnia. No entanto, acompanho a jurisprudência, porquanto já está consolidada em sentido contrário.

Os outros julgados, mais antigos, dos anos de 2003, 2007 e 2008, foram no sentido oposto.

São decisões anteriores ao recurso especial repetitivo 1141990/PR, julgado em 10/11/2010. São eles: o REsp 489618 / PR, de relatoria do Ministro José Delgado, julgado em 08/04/2003; o REsp 835089 / RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 22/05/2007; e o AgRg no REsp 1072644 / SC, de relatoria do Ministro Francisco Falcão, julgado em 21/10/2008.

O que deles se extrai é que havia um entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que a boa-fé do adquirente teria o efeito de afastar a ineficácia da alienação perante a Fazenda Pública que a fraude à execução faz operar.

Eis a ementa do REsp 835089 / RS, decidido por unanimidade:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 185, CTN. PENHORA DE BEM ALIENADO A TERCEIRO DE BOA-FÉ. AUSÊNCIA DE REGISTRO. CADEIA DE ALIENAÇÕES. AUTOMÓVEL.
> 1. A fraude à execução inocorre quando a alienação do bem opera-se antes de ajuizada a execução fiscal e, *a fortiori*, precedentemente à penhora.
> 2. A novel exigência do registro da penhora, muito embora não produza efeitos infirmadores da regra *prior in tempore prior in jure*, exsurgiu com o escopo de conferir à mesma efeitos *erga omnes* para o fim de caracterizar a fraude à execução.
> 3. Aquele que não adquire do penhorado não fica sujeito à fraude *in re ipsa*, senão pelo conhecimento *erga omnes* produzido pelo registro da penhora.
> 4. É cediço na Corte que: "Não se configura fraude à execução se o veículo automotor é objeto de sucessivas vendas após aquela iniciada pelo executado, inexistindo qualquer restrição no DETRAN que pudesse levar à indicação da ocorrência do *consilium fraudis*" (REsp 618.444/SC, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ 16.5.2005).
> 5. Recurso especial a que se nega provimento.

É de se destacar do voto condutor:

> Com efeito, o acórdão recorrido decidiu o feito em perfeita consonância com a jurisprudência dominante deste Superior Tribunal, no sentido de que não se presume fraudulenta a alienação de veículo automotor, objeto de sucessivas transmissões, após a iniciada pelo executado, sem que haja qualquer indicação da ocorrência de conluio fraudulento.

Conclusão

O Superior Tribunal de Justiça fixou em sede de recurso especial repetitivo o seu entendimento a respeito do regime da fraude à execução do Código de Processo Civil e da fraude à execução fiscal.

Para o primeiro, exigiu, como regra, a existência de notícia da ação na matrícula do imóvel como condição para a declaração da ineficácia da alienação do imóvel em razão da fraude à execução.

Para o segundo, condicionou o instituto à inscrição do débito do devedor para com a Fazenda Pública em dívida ativa, aliada à inexistência de outros bens ou rendas suficientes ao pagamento total da dívida inscrita. Concluiu que o artigo 185 do Código Tributário Nacional encerra uma presunção absoluta de fraude, dispensando a análise da intenção dos agentes, e, ainda, oito anos após o julgamento do recurso repetitivo, estendeu a mesma conclusão às hipóteses de alienações sucessivas do imóvel quando do julgamento dos embargos de declaração opostos em face daquela decisão.

Acerca do entendimento da Corte a respeito da configuração da fraude à execução fiscal no caso de alienações sucessivas do bem imóvel, há espaço para divergências muito bem colocadas. Dentre elas, merecem destaque três. A primeira, no sentido de que casos de alienações sucessivas não se subsumem ao artigo 185 do Código Tributário Nacional. A segunda, na direção de que a presunção absoluta conferida ao instituto é exagerada, e deveria comportar mitigação, principalmente nos casos de alienações sucessivas, em que o imóvel é adquirido de pessoa totalmente alheia ao débito para com a Fazenda Pública. A terceira, no caminho de que a decisão vai de encontro à razoabilidade, na medida em que impõe ao adquirente do imóvel a obtenção da certidão de regularidade fiscal de todas as pessoas que alguma vez foram as proprietárias do bem, e, além disso, em todos os municípios brasileiros, em todos os estados e Distrito Federal e também da União.

É possível verificar no recente julgamento do AgInt no REsp 1725410/RS, em 1º/04/2019, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a ressalva do entendimento pessoal do relator combatendo essa presunção absoluta de fraude fixada pelo Superior Tribunal de Justiça.

O recurso especial repetitivo, contudo, por se tratar de demanda submetida ao artigo 927, III, do atual Código de Processo Civil, ganha contorno de obrigatoriedade, só podendo ser

afastado em caso de demonstração de que houve a superação do entendimento ou que de o caso posto em julgamento é distinto daquele que ensejou a decisão obrigatória, como dispõe o artigo 489, § 1º, VI do mesmo estatuto.

Neste cenário, verifica-se que a fraude à execução fiscal em caso de alienações sucessivas do bem imóvel observará o regime jurídico traçado pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial repetitivo 1141990/PR, a despeito de críticas que cercam o entendimento fixado pela Corte.

Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PETERSEN, Raphael de Barros. A presunção absoluta de má-fé na fraude à execução fiscal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.64, fev. 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Raphael_Petersen.html Acesso em: 29 jul. 2019.

WALCHER, Guilherme Gehlen. Fraude à execução fiscal. Questões controvertidas à luz da jurisprudência pátria. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.62, out. 2014. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Guilherme_Walcher.html Acesso em: 29 jul. 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al Coordenadores. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo** [livro eletrônico]. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2016.

As consultas dos Tribunais de Contas como precedentes administrativos: uma abordagem a partir da LINDB e do Código de Processo Civil

Jonas Faviero Trindade
Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul
Especialista em Direito Constitucional (Anhanguera UNIDERP)
Especialista em Regimes Próprios de Previdência Social (Damásio)
Especializando em Filosofia e Teoria do Direito (PUC-MG)

RESUMO

A fim de oferecer um significado coerente dos mecanismos processuais que visam a assegurar segurança jurídica, nas diversas relações regulamentadas pelo direito, entende-se que a compreensão da ordem jurídica deve se dar de forma sistemática. Os Tribunais de Contas possuem a competência para responder a consultas, com o objetivo de solucionar dúvidas na aplicação do direito. A resposta a tais consultas, as quais resultam em uma tese, servirá de paradigma para a atuação do Órgão de Controle Externo. A partir do sistema de precedentes inaugurado pelo Código de Processo Civil e das disposições da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, busca-se elucidar se as respostas às consultas se configuram como precedente administrativo. Em relação às diretrizes metodológicas, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, a fim de verificar a confirmação ou não da hipótese. O método de procedimento será o monográfico, e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisas bibliográficas.

Palavras-chave: Função Consultiva. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Precedentes. Tribunal de Contas.

ABSTRACT

In order to give a coherent meaning to the procedural mechanisms aimed at ensuring legal certainty in the various relations governed by law, it is understood that the understanding of the legal order must be systematic. The courts

of auditors have the power to answer queries, with the aim of resolving doubts in the application of law. The response to such consultations, which result in a thesis, will serve as a paradigm for the role of the External Control Body. From the precedent system inaugurated by the Code of Civil Procedure and the provisions of the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law, we seek to clarify whether the answers to the consultations are administrative precedent. Regarding the methodological guidelines, the hypothetical-deductive approach method will be used in order to verify the confirmation or not. The method of procedure will be the monographic and the research techniques will consist of bibliographic searches.

Keywords: Advisory Function. Court of Counts. Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law. Precedents.

Introdução

Com o intento de oferecer um significado coerente dos mecanismos processuais que visam a assegurar segurança jurídica nas diversas relações regulamentadas pelo direito, entende-se que a compreensão da ordem jurídica deve se dar de forma sistemática.

Melhor explicando o desiderato desta pesquisa, ressalta-se que os Tribunais de Contas da federação, em regra, tratam em suas leis orgânicas da sua competência para responder a consultas de seus jurisdicionados, em face de dúvidas na aplicação do direito. As respostas originadas de tais consultas partem de abstrações que resultam em uma tese, a qual servirá de paradigma, ou, ao menos, era essa a expectativa, na atuação dos referidos órgãos de controle externo.

Contudo, não é difícil de imaginar que, por vezes, pode ocorrer que uma resposta à consulta não seja aplicada de forma isonômica entre todos os órgãos fiscalizados pelas Cortes de Contas, ou, ainda, que o próprio Tribunal não aplique uma tese anteriormente firmada, sem justificar essa não aplicação por conta de alguma peculiaridade do caso concreto.

A preocupação com a segurança jurídica se mostra relevante e externada a partir de alterações na ordem jurídica ocorridas na última década, da qual se ressalta o atual Código de Processo Civil – CPC –, instituído pela Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015, e pela Lei n° 13.655, que alterou a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB. Entende-se que as referidas leis dialogam em sua preocupação com a segurança jurídica, merecendo destaque a criação de um sistema de precedentes pelo CPC e os diversos dispositivos da LINDB, dos quais aqui se

sublinha aquele que dispõe sobre as consultas processadas pelos diversos órgãos estatais que devem apresentar caráter vinculante.

Neste breve ensaio, o objetivo é verificar se as consultas respondidas pelos Tribunais de Contas se caracterizam como precedentes administrativos, compreendendo-se as razões para essa hipótese, assim como o embasamento legal para tal suposição.

Em relação às diretrizes metodológicas, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, a fim de verificar a confirmação ou não da hipótese. O método de procedimento será o monográfico, e as técnicas de pesquisa consistirão em pesquisas bibliográficas.

1 Identificando a função consultiva dos Tribunais de Contas

Os Tribunais de Contas são órgãos autônomos que exercem competências constitucionais atreladas ao ofício do controle externo da Administração Pública, sendo disposto no artigo 71 da Constituição da República que o Congresso Nacional é o titular do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 1988). Cumpre esclarecer, todavia, que a expressão "auxílio", utilizada pelo legislador constituinte, poderia levar à conclusão de que há uma relação de subordinação entre os Tribunais de Contas e o Poder Legislativo. No entanto, as Cortes de Contas têm suas próprias competências, definidas, inclusive, no mesmo texto constitucional, as quais não se confundem com aquelas previstas para o Congresso Nacional, de forma que não se vislumbra uma relação hierarquizada, sendo que as decisões emanadas dos Tribunais de Contas poderão subsidiar a tomada de decisão do Poder Legislativo, no exercício de suas atividades de controle externo (AGUIAR; AGUIAR, 2008, p. 22).

Desse modo, analisando as competências constitucionais próprias dos Tribunais de Contas, constata-se que a função consultiva não está expressamente positivada no texto constitucional, sendo invariavelmente prevista, contudo, nas leis orgânicas e nos regimentos internos dos tribunais em tela, como exemplificativamente regrado no âmbito do Tribunal de Contas da União. A Lei Federal n° 8.443, de 16 de julho de 1992, assim dispõe:

> Art. 1° Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:
> [...]
>
> XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida sus-

> citada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno. (BRASIL, 1992).

Assim sendo, a despeito de não existir expressa previsão constitucional, a função consultiva se caracteriza como uma das mais importantes atribuições das Cortes de Contas, haja vista seu papel esclarecedor de dúvidas dos gestores públicos, em áreas afetas à fiscalização contábil financeira, orçamentária, operacional e patrimonial. Dessa maneira, consubstanciam-se em uma forma de prevenção de cometimento de irregularidades ou atos contrários ao ordenamento jurídico, em virtude de dúvidas dos administradores públicos, fazendo com que esta atividade complementar ao controle externo, muitas vezes, esteja caracterizada de essencialidade, em face da falta de estrutura de alguns entes da federação, como carência de qualificação profissional e administrativa (MILESKI, 2011, p. 370-371).

Ressalta-se que a Suprema Corte já reconheceu a função consultiva do Tribunal de Contas da União, conforme decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.691-7/DF:

> O artigo 1°, § 2°, da Lei n° 8.443/1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, é expresso no sentido de a resposta à consulta ter caráter normativo e constituir prejulgamento da tese, razão aliás, por que essa Corte de Contas determinou a remessa de cópia da Decisão em causa ao Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado para que, evidentemente, fosse observada por toda a Administração Pública. É, portanto, a Decisão em causa ato normativo susceptível de controle de constitucionalidade por meio de ação direta. (BRASIL, 1997, p. 269).

Ao responder a uma consulta, os Tribunais de Contas deverão analisar a questão a partir do paradigma constitucional. Portanto, é possível observar que há uma aproximação entre o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário e a função consultiva, pois ambas ocorrem em abstrato e envolvem a apreciação de leis em face da Constituição Federal.

Partindo do exemplo da função consultiva desempenhada pelo Tribunal de Contas da União, constata-se a possibilidade de exame de preceito normativo em tese no procedimento em estudo (FERNANDES, 2016, p.313).

Ressalta-se que a possibilidade de apreciação da constitucionalidade de leis está prevista na Súmula n° 347 do Supremo Tri-

bunal Federal: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público" (BRASIL, 1963).

Porém, uma importante diferença a se sublinhar é a de que a apreciação em tese da constitucionalidade de leis pelo Tribunal de Contas não está apta a retirar a validade da lei, como pode ocorrer no controle abstrato de constitucionalidade exercido pelo Poder Judiciário, mas garante que a aplicação (ou não aplicação) da norma respeita o texto constitucional, conforme assinala a doutrina:

> Não pretende o Tribunal de Contas julgar a constitucionalidade de lei com o mesmo objetivo do Excelso Supremo Tribunal Federal. O Supremo julga leis, dizendo de seu valor objetivo em nosso ordenamento jurídico. Vale dizer, a competência do Supremo Tribunal Federal abrange a própria lei, emprestando-lhe validade, ou suprimindo a sua existência no campo da realidade jurídica. O Tribunal de Contas, por outro lado, aprecia a constitucionalidade. Não é o fato de ser incidental, ou não, que retira a faculdade do julgamento, o que importa é que o efeito decorrente deste, diversamente do que o Supremo Tribunal impõe, é tão-somente o de conduzir a interpretação da lei a parâmetros centrados na Constituição Federal, sem, de fato, implicar efeito objetivo sobre a norma (FERNANDES, 2016, p. 317).

Apresentados os contornos da função consultiva dos Tribunais de Contas da federação, cabe uma análise do sistema de precedentes adotado pela legislação brasileira, assim como a preocupação com a segurança jurídica, realçada com a edição da LINDB.

2 Breves considerações acerca do sistema de precedentes no Código de Processo Civil

Motta e Ramires (2017, p. 430), de forma percuciente, notam que o uso de precedentes não é novidade no Brasil, mas é possível observar problemas, como o "uso indiscriminado de conceitos e abstrações, colhidos em situações concretas e descolados, *a posteriori* dos casos que lhes deram origem", assim como a "escolha arbitrária entre precedentes antagônicos". Nesse sentido, não raramente, é possível se deparar com "argumentações que simplesmente afirmam a preferência do argumentante por uma das soluções possíveis, sem se preocupar com as razões que a neguem".

Algumas distinções são necessárias para a correta compreensão do que se quiser demonstrar quando se fala em prece-

dentes. Para Freire, partindo de uma visão tradicional, a jurisprudência expressa a "ideia de conjunto, de somatório de decisões não díspares e harmônicas sobre um mesmo tema", o que não impede, contudo, "a existência de jurisprudência contrária, de um conjunto de decisões também harmônicas, mas contrário a outro conjunto também harmônico, portanto". Ademais, ressalta a existência de "jurisprudência dominante" ou "não dominante", cujos predicados levam em conta ainda o "critério quantitativo". O precedente judicial, por sua vez, "não traz a ideia de coletividade", de "reunião de decisões harmônicas sobre determinada questão jurídica". Explica o autor que "Precedente é uma decisão judicial, e uma decisão judicial não pode ser considerada uma jurisprudência, nem mesmo qualquer conjunto de decisões", já que, como visto, o critério quantitativo para definir a jurisprudência deve ser harmônico, o que também exige o transcurso do tempo para sua formação. De qualquer sorte, para este autor, quando a referência for a precedente, deve-se ter em mente que está se tratando de "apenas uma decisão", de forma que se mostra importante compreender o traço distintivo de uma determinada decisão, que a permite ser qualificada como precedente (FREIRE, 2017, p.66- 68).

O mesmo autor relembra a decisão prolatada pela Suprema Corte norte-americana para a compreensão do instituto:

> No caso Allegheny Country General v. NLRB, julgado 1979, a Corte de Apelação da Terceira Região dos Estados Unidos explicou que "um precedente judicial atribui uma consequência jurídica específica para um conjunto detalhado de fatos em um caso julgado ou decisão judicial, passando, então, a ser considerado como algo que fornece a regra para a determinação de um caso subsequente envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes que surgem no mesmo tribunal ou em um juízo inferior na hierarquia judicial" (2017, p. 68).

A nota distintiva do precedente, portanto, seria o "seu potencial para servir de regra para decisões judiciais de casos futuros envolvendo fatos ou questões jurídicas idênticas ou similares" (FREIRE, 2017, p. 68).

Assim sendo, assume relevo a dicção do artigo 927 do Código de Processo Civil, pois expressa a ideia de precedentes vinculantes no sistema pátrio:

> Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:
> I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
> II - os enunciados de súmula vinculante;

> III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
> IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
> V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2018, p. 1048) entendem que o indivíduo que busca compreender seu espaço de liberdade de ação, que deseja aplicar o direito a partir do imperativo de que todos sejam iguais perante o ordenamento jurídico e sem descurar de uma interpretação e aplicação do Direito pautadas na segurança jurídica, deve, para tanto, levar em conta a interpretação judicial e os precedentes oriundos de tal atividade.

Posto isso, doravante examina-se a função consultiva dos Tribunais de Contas a partir da LINDB, já cientes da preocupação do legislador pátrio em regulamentar um sistema de precedentes.

3 A função consultiva dos Tribunais de Contas e sua leitura como precedente a partir da LINDB

A apresentação inicial da função consultiva das Cortes de Contas e do sistema de precedentes instituído pelo Código de Processo Civil não dispensa uma correlação com as disposições da LINDB na interpretação desse mecanismo de solução de dúvidas.

A preocupação com a segurança jurídica evidentemente não é uma novidade, sendo relevantes as contribuições doutrinárias no trato da matéria. O jurista português J.J. Gomes Canotilho vislumbra que a origem da segurança jurídica está no constitucionalismo liberal, visto que tal garantia não fazia parte do cenário histórico referente ao Estado Absolutista (2003, p. 109). E se no Estado Liberal a segurança jurídica estava mais identificada com a propriedade e com os direitos patrimoniais em face do arbítrio estatal, é no Estado Democrático de Direito que ela se aproxima em sentido com a ideia de justiça, de forma que, no seu amplo espectro de proteção, assimila "a segurança contra os infortúnios e incertezas da vida" (SOUZA NETO, SARMENTO, 2013, p. 313).

Para Almiro do Couto e Silva (2004, p. 273-274), a segurança jurídica pode ser analisada a partir de uma concepção principiológica, em dimensões de ordem objetiva e subjetiva. A

primeira é aquela que trata dos limites à retroatividade dos atos estatais, mesmo aqueles de origem legislativa, abarcando, portanto, a proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. A segunda natureza, de ordem subjetiva, relaciona-se com a "proteção à confiança das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação".

Desse modo, cumpre ressaltar o disposto no artigo 30 da LINDB:

> Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.
> Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.

Do exposto, é possível a compreensão de que a lógica subjacente ao sistema de precedentes acompanha o enunciado normativo do artigo 30 da LINDB, o que justificaria a interpretação de que as respostas às consultas não podem ser consideradas um "mero estudo" ou ainda serem tratadas como se fossem destinadas apenas àquele que formou a dúvida, haja vista que apresentam potencial de generalidade – pois se almeja um tratamento isonômico entre pessoas que se encontram em situação idêntica ou similar –, sem que isso signifique uma autorização para que não seja realizado um exame das peculiaridades dos casos concretos.

No estudo acerca do artigo 30 da LINDB, Moreira e Pereira : (2018, p. 247-254) defendem que tal dispositivo "diz respeito ao dever de instauração da segurança jurídica". Segundo os autores, a reflexão sobre segurança jurídica relaciona-se com a estabilidade do Direito, de forma que se alcance previsibilidade, permitindo-se que "os cidadãos estejam em condições de saber qual é o Direito vigente". Ou seja, não devem os gestores serem punidos diante da ignorância jurídica ou pela impossibilidade de conhecer com antecedência o significado das normas jurídicas.

Nesse sentido, Moreira e Pereira (2018, p. 263-266) defendem uma relação lógica entre o sistema de precedentes inaugurado pela norma processual, que trata dos deveres dos Tribunais de observar coerência, integridade e estabilidade no desenvolvimento de sua jurisprudência, e a racionalidade subjacente ao artigo 30 da LINDB. Apontam os autores que, "à semelhança do art. 927 do CPC, o art. 30, no seu parágrafo único, institui as

decisões e técnicas decisórias que entende possuir a autoridade vinculante do precedente", que inclui súmulas, regulamentos e consultas.

Em tal perspectiva, voltando os olhos novamente à resposta ofertada pelas Cortes de Contas no exercício da função consultiva, cabe registrar que tais enunciados não apresentam caráter de definitividade – visto que podem ser revistos pelo Poder Judiciário –, mas asseguram previsibilidade, tanto aos jurisdicionados como ao próprio Tribunal (incluindo seu corpo técnico e julgador) em relação à matéria discutida, qualificando-se, materialmente, como precedente. Ou seja, enquanto vigentes os dispositivos objetos de dúvida, aplicável o precedente, que poderá, todavia, ser superado por posterior manifestação do próprio Órgão de Controle Externo , por determinadas decisões judiciais, ou ainda pela própria inovação no ordenamento jurídico, fruto da ação do Poder Legislativo.

Conclusão

Os Tribunais de Contas, sublinha-se nessas linhas finais, são órgãos fiscalizadores das contas públicas, de matriz constitucional, cujas competências constitucionais ou legais devem ser examinadas a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, o que demanda uma preocupação com o tratamento igualitário e justo dos cidadãos que se encontram em idênticas situações.

Entende-se, do exposto, que esta breve pesquisa confirmou a hipótese inicial, no sentido de que as respostas às consultas formuladas às Cortes de Contas se consubstanciam em precedentes administrativos. Dessa maneira, a resposta oferecida em sede de consulta se projeta para o futuro com o objetivo de coordenar ações dos órgãos fiscalizados, assim como do próprio Órgão de Controle.

Tal compreensão do procedimento consultivo encontra lastro tanto no sistema de precedentes, inaugurado pelo Diploma Processual vigente, como, especialmente, nas disposições da LINDB, as quais determinam que as autoridades públicas atuem em prol da segurança jurídica.

Referências

AGUIAR, Afonso Gomes.; AGUIAR, Márcio Paiva de. **O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BRASIL. ***Código de Processo Civil.*** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 2 set. 2019.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Lei Federal n° 8.443, de 17 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1.691-7/DF (Medida Liminar). Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília: 30 out. 1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347214>. Acesso em: 02 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n° 347. Editada em 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 02 set. 2019.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito* **Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: conceito, categorias e funcionalidade. In: DIERLE, Nunes. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MILESKI, Helio Saul. **O Controle da Gestão Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. PEREIRA, Paula Pessoa. Art. 30 da LINDB. O dever público de incrementar a segurança jurídica. In: Revista de Direito Administrativo. Fundação Getúlio Vargas. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB. Disponível em: < http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>. Acesso em: 15 jul. 2019.

MOTTA, Francisco José Borges. RAMIRES, Maurício. Aplicando precedentes com coerência e integridade: o Novo Código de Processo Civil e o exemplo privilegiado da substantive due process of law doctrine. In: NUNES, Dierle. MENDES, Aluisio. JAYME, Fernando Gonzaga. **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da Administração Pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n° 9.784/99). Revista de Direito Administrativo. Jul/set. 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

Prescrição trabalhista: declaração de ofício

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 auxiliar o operador do direito na aplicação da prescrição no âmbito do direito do trabalho, especificamente na fase de conhecimento do contencioso trabalhista. As recentes alterações verificadas na legislação não foram suficientes para definir se o magistrado tem o poder de declarar a prescrição de ofício, ou seja, sem a manifestação da parte adversa, a quem a prescrição aproveita. A reforma trabalhista e a aplicação subsidiária do direito comum ao direito do trabalho desafiam advogados, magistrados e doutrinadores na busca de respostas a diversos temas. A sociedade espera que as recentes alterações ocorridas na legislação trabalhista, aliadas às reformas previdenciária e tributária que se encontram em andamento, proporcionem estabilidade, segurança jurídica, gerem empregos e conduzam o país a uma nova era de prosperidade.

Palavras-chave: Prescrição. Trabalhista. Declaração de ofício. Ordem pública.

ABSTRACT

The purpose of this work is to help law operators to understand the role of limitation period on labor law, especially under the court cases proceedings. The recent changes on the labor rules were not enough to define if the judge has the power to declare ex officio the limitation period without being required by the opponent, who takes advantage of the expiration. The labor reform and the subsidiary application of the common legislation over labour law challenge lawyers, judges, and writers to look for answers over many matters. The society hopes that the recent labor law reform, allied to tax and social security reforms, yet to come, bring stability, legal certainty, jobs and lead the country to a new era of prosperity.

Keywords: Limitation period. Labour law. Ex officio declaration. Public policy.

1 Histórico e contextualização

1.1 Do tema escolhido

Nada resiste à passagem do tempo. As pessoas, as coisas, os fatos jurídicos, tudo, absolutamente tudo, passa, e essa passagem do tempo tem consequências jurídicas que podem beneficiar alguns e prejudicar outros em suas pretensões, a depender de quem seja o titular do direito e de quem seja o responsável pela reparação do direito violado. Afinal de contas, conforme determina o Código Civil,[1] "violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição ..."

Tais consequências são importantes para o direito, pois não se admite que o exercício de determinada faculdade esteja eternamente à disposição de uma pessoa em detrimento de outra, como se a qualquer momento o titular do direito pudesse exercitá-lo por necessidade ou até mesmo por capricho.

É importante que a mesma norma que disponibiliza o acesso ao Poder Judiciário a quem tenha um direito violado o faça de maneira ponderada, modulando, no tempo, o período dentro do qual a porta estará aberta para o exercício da pretensão, até que, no ocaso daquele período, a porta se feche, levando a sociedade a concluir que, se o titular do direito não se interessou em reclamá-lo, seja por inércia, desinteresse ou mesmo por desconhecimento, não mais poderá fazê-lo, pois eternizar a possibilidade do exercício de um direito é incompatível com a justiça e com a pacificação dos conflitos, implicando no abuso do direito de ação, o que não se justifica em um Estado democrático de direito, mas em regimes autoritários que desprezam o devido processo legal e os direitos e as garantias fundamentais do cidadão[2].

Não se nega que alguns direitos sejam imprescritíveis, a exemplo da mera pretensão à declaração do direito (ações declaratórias em geral), como ocorre nas ações de paternidade ou nas ações declaratórias de vínculo empregatício para fins previdenciários. Outros, apesar de estarem vinculados a direitos indisponíveis e irrenunciáveis, como são considerados os direitos à percepção de alimentos[3] e os derivados da legislação do trabalho[4], sua conversão em pecúnia implica, sim, na possibili-

1 Art. 189.
2 CF, art. 5º.
3 CC, art. 206, § 2º.
4 CF, art. 7º, XXIX e CLT, art. 11.

dade de prescrição do crédito, este, sim, disponível e passível de acordo judicial ou extrajudicial, estando, inclusive, sujeito à prescrição intercorrente.[5]

Sobre o tema, com arrimo em Câmara Leal, Renan Lotufo destaca que a prescrição deriva do vocábulo latino *praescriptio*, o que significa escrever antes ou no começo, e destaca que, em nome da "estabilidade e da segurança das relações sociais é que o exercício de um direito não pode ficar pendente indefinidamente, devendo ser exercido por seu titular em certo lapso temporal".[6]

Portanto, segundo a teoria civilista, a prescrição é um prazo dentro do qual "eficientemente" pode ser exercitado o direito de ação, o qual, não sendo utilizado e tratando de direitos patrimoniais, entender-se-á que a ação está prescrita (ARRUDA ALVIM, 2003, p. 538.)

E não poderia ser diferente. Imagine-se uma empresa centenária que, em sua contabilidade, tenha que provisionar numerário suficiente a suportar as eventuais demandas judiciais que já foram ou que serão aforadas, independentemente do lapso de tempo entre a data da violação do direito e o exercício da pretensão, em relação a todos os seus empegados e ex-empregados, ou seja, independentemente da data do nascimento da pretensão, o interessado (ou seus herdeiros!) poderia exercitar o seu direito ao manejo da ação judicial e cobrar todas as verbas que entender devidas (*ex tunc*).

É evidente que nenhuma empresa sobreviveria a tal situação de incerteza e de insegurança jurídica, concluindo-se que a prescrição se traduz em um lapso temporal colocado à disposição do jurisdicionado a fim de que o mesmo, querendo, exerça o direito de ação, figurando como um balizador de extrema valia para a contabilidade das empresas e tornando as relações laborais mais previsíveis.

A propósito, no âmbito das instituições financeiras, a rubrica referente ao provisionamento de valores vinculados às demandas trabalhistas impacta diretamente o crédito e o custo do dinheiro, conforme determina o Acordo da Basileia (provisão para contingências na esfera judicial). Assim, quanto maior for o valor provisionado, menor será o valor que poderá ser disponibilizado pela instituição para empréstimo aos clientes, o que pode impactar a economia do país como um todo, especial-

---

5 CLT, art. 11-A.

6 Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232). 2. ed. atual. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 518.

mente no que diz respeito ao controle da inflação, tarefa que se encontra aos cuidados do BACEN[7].

1.2 Prescrição trabalhista

A humanidade conhece, de longa data, a luta entre o capital e o trabalho, luta esta que, na realidade brasileira, trouxe diversos benefícios à sociedade, dentre os quais a Consolidação das Leis do Trabalho e a Justiça do Trabalho, de forma que a parte mais fraca, denominada hipossuficiente, passou a dispor dos mecanismos necessários para fazer valer seus direitos, quais sejam: a lei e a força coercitiva do Estado.

Conforme destaca Gustavo Cisneiros[8], após a Reforma Trabalhista verificam-se cinco espécies de prescrição, a saber: parcial, bienal, total, prescrição da execução e intercorrente. Dessas espécies de execução, somente a última (intercorrente) tem previsão expressa acerca da possibilidade de conhecimento de ofício pelo magistrado, enquanto em relação às demais a lei foi omissa.

Com base em tal omissão, cabe ao intérprete aferir se o poder conferido ao magistrado de conhecer *ex officio* da prescrição se limita, exclusivamente, à prescrição intercorrente ou, ao contrário, se tal poder pode ser estendido às demais espécies de prescrição. É o que procuraremos descobrir no presente trabalho.

1.3 Da necessidade de proteção ao hipossuficiente

No dia 1º de maio de 1943, durante o governo Vargas, surgia a Consolidação das Leis do Trabalho. A data não foi escolhida ao acaso, mas foi uma homenagem ao conflito ocorrido em 1886, em Chicago (EUA), quando milhares de trabalhadores cruzaram os braços em uma greve geral cuja principal reivindicação era a limitação da jornada de trabalho a oito horas por dia. Na ocasião, houve conflitos entre policiais e manifestantes causando mortes em ambos os lados, com a posterior condenação à morte de cinco sindicalistas e a prisão perpétua de outros três.

No Brasil, o Decreto nº. 4.859/1924, assinado pelo presidente Artur Bernardes, declarou a data feriado nacional, "consa-

---

7 Fonte: <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2FportalCidadao%2Fbcb%2FbcFaz.asp%3Fidpai%3DSFNCOMP>. Consulta efetuada: 01/09/2019.

8 Direito do trabalho sintetizado. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense, 2018, p. 95.

grado à confraternidade universal das classes operárias e à comemoração dos mártires do trabalho".[9]

A Justiça do Trabalho, criada em 1941, teve sua gênese no Conselho Nacional do Trabalho, órgão consultivo dos poderes públicos instalado em 1923[10], com atuação nos assuntos referentes à organização do trabalho e da previdência social.[11]

Se hoje a CLT e a Justiça do Trabalho são o esteio dos direitos sociais, há 76 anos tal importância era ainda maior, pois a taxa de analfabetismo no Brasil em 1940 era de 56,8% da população, sendo fácil imaginar a exposição diária dos trabalhadores aos caprichos de patrões muitas vezes inescrupulosos a explorar a mão de obra desqualificada, desorganizada e ignorante de seus direitos.[12]

Prevendo tal realidade, a CLT possibilitou que a reclamação trabalhista fosse formalizada verbalmente pelo reclamante, sendo datada e assinada pelo serventuário e, após, encaminhada ao reclamado para efeito de notificação.[13]

2 Dos princípios que informam o Direito do Trabalho. Do *Jus Postulandi*

Dos diversos princípios que informam os ramos do direito, alguns se destacam com maior ênfase no direito do trabalho, visando proteger o hipossuficiente, quais sejam: o *jus postulandi*[14], a gratuidade judicial, a execução *ex officio*, etc.

O *jus postulandi*, "herança da época na qual a Justiça do Trabalho não integrava o Poder Judiciário" (CISNEIROS, 2018,

---

9 Fonte:<http://www.tst.jus.br/web/guest/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/1-de-maio-e-momento-de-reflexao-sobre-relacoes-de-trabalho/exclusive?inheritRedirect=false&redirect=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fweb%2Fguest%2Fnoticias%3Fp_p_id%3D101_INSTANCE_89Dk%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dexclusive%26p_p_mode%3Dview>. Consulta efetuada: 06/08/2019.

10 Decreto n.º 16.0271923.

11 Fonte: <http://www.tst.jus.br/historia-da-justica-do-trabalho>. Consulta efetuada: 06/08/2019.

12 Fonte: < https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/13300-asi-estudo-revela-60-anos-de-transformacoes-sociais-no-pais>. Consulta efetuada: 06/08/2019.

13 CLT, arts. 791 e 840, § 2º.

14 TST, Súmula 425: "JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010.
O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho."

p. 23), apesar de não ser uma exclusividade da Justiça do Trabalho[15], é o princípio mais característico do direito do trabalho, pois permite o aforamento da demanda diretamente pela parte, sem que a mesma seja representada por advogado.

No entanto, apesar de ser uma prerrogativa do jurisdicionado, o *jus postulandi* representa mais uma figura folclórica que uma faculdade efetivamente exercida pelo trabalhador, o qual, as mais das vezes, prefere constituir um profissional para acompanhar a causa, ou recorrer ao sindicato da categoria, a ter que enfrentar, sozinho, o ambiente hostil do fórum trabalhista, onde o patrão, invariavelmente, estará acompanhado de seu advogado, ciente que a entrega da demanda aos cuidados de um profissional habilitado e experiente é condição *sine qua non* para o sucesso da defesa.

Sobre o tema, Gustavo Cisneiros (2018, p. 24), ácido crítico do *jus postulandi*, destaca que a notória complexidade das lides trabalhistas não mais comporta o *jus postulandi*, e que, atualmente, desprezar a imprescindibilidade do advogado é ignorar a realidade.

3 Da reforma trabalhista

No Brasil, a crise econômica verificada recentemente, aliada a diversos julgamentos proferidos pela Justiça do Trabalho e interpretados por alguns como equivocados ou anacrônicos, levou à chamada "Reforma Trabalhista" instituída pela Lei nº. 13.497/2017, a qual, somada às reformas previdenciária e tributária, representam a esperança de dias melhores para a economia brasileira.

Há, ainda, os que sugerem a extinção da Justiça do Trabalho, cuja competência seria absorvida pela Justiça Federal.

Polêmicas à parte, é fato que, de 1943 para cá, o país mudou, como mudaram as relações de trabalho e a forma de se enxergar o mundo. Ao lado do emprego, foram criadas inúmeras outras modalidades de trabalho. O brasileiro, hoje, vive mais e é mais informado. O telefone celular substituiu o fixo, e o táxi foi substituído pelo aplicativo. O banco se tornou digital, e a plataforma de aluguel de acomodações revolucionou a forma de se hospedar.

Era evidente que a legislação do trabalho também carecia de atualização.

---

[15] Lei nº. 9.099/95, art. 9º - Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

4 Da prescrição

As três modalidades de prescrição mais conhecidas na fase de conhecimento do contencioso trabalhista são: a) a prescrição bienal ou fatal (CF, art. 7º, XXIX); b) a prescrição quinquenal ou parcial (CF, art. 7º, XXIX); e c) a prescrição total (CLT, art. 11, § 2º).

A primeira delas, apesar do nome, se aproxima mais da decadência do que da prescrição propriamente dita, ou, na lição de Gustavo Cisneiros, "a prescrição bienal tem corpo de prescrição, mas espírito de decadência", por tratar-se, em verdade, de um "prazo para o ajuizamento da reclamação".[16]

A segunda, prescrição quinquenal (TST, Súmula 308), é a prescrição típica, baseada na lesão ao direito e derivada da legislação civil, ou seja, ao ser violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição.[17]

A prescrição total, originada do chamado "ato único" e prevista no § 2º, do art. 11, da CLT[18], introduzido pela Lei nº. 13.467/2017, é mais abrangente que a prevista na Súmula 294 do TST[19] por abranger, além da alteração do pacto laboral, o "descumprimento" do contrato de trabalho.

Por fim, na fase de execução, a Reforma Trabalhista inseriu na CLT a prescrição intercorrente, "como forma de 'punição' ao exequente letárgico" (CISNEIROS, 2018, p. 118), fulminando a Súmula 114 do TST[20] e prestigiando a Súmula 327 do STF.[21]

Sobre o tema, vejamos a redação do art. 11-A da CLT:

> Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

---

16 Direito do trabalho sintetizado ... , p. 97.

17 CC, art. 189.

18 "Tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei."

19 TST, Súmula nº 294:
"PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei."

20 TST, Súmula nº 114:
"PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
É inaplicável na Justiça do Trabalho a prescrição intercorrente."

21 STF, Súmula 327:
"O direito trabalhista admite a prescrição intercorrente."

> § 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.
> § 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Observa-se que o § 2º, do art 11-A, da CLT, previu, expressamente, a declaração de ofício da prescrição intercorrente na fase de execução. Contudo, tal possibilidade não consta das três outras modalidades de prescrição vinculadas à fase de conhecimento e descritas em linhas anteriores.

Sendo assim, indaga-se: a omissão do legislador foi proposital, ou seja, na fase de conhecimento a prescrição deve, necessariamente, ser arguida pelo interessado, sob pena de preclusão ou, ao contrário, tal omissão não prejudica o reclamado, o qual poderá opor a prejudicial de mérito a qualquer tempo, mesmo na fase de execução?

Em outras palavras, a ausência da prejudicial de mérito na defesa apresentada na fase de conhecimento, ou, pelo menos, até o julgamento do recurso pelo regional, prejudica o reclamado, pois não há previsão legal a autorizar a declaração de ofício nessa fase do processo, o que induz à preclusão, pois onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo? Por outro lado, na fase de execução, tal ausência não o prejudica, pois a prescrição intercorrente pode ser declarada até mesmo de ofício pelo magistrado, traduzindo-se, portanto, em mera prerrogativa a ser exercitada caso o magistrado não se pronuncie de ofício sobre a prescrição?

5 Prescrição – dispositivo de ordem pública

Dentre os que admitem a declaração de ofício da prescrição, um argumento recorrente é o fato de se atribuir à prescrição o caráter de ordem pública.

O TRT da 15ª Região se manifestou recentemente sobre o assunto nos seguintes termos:

> Assim, a declaração de ofício da prescrição prevista no 487, inciso II, do CPC, revela-se compatível com o Processo do Trabalho, por se tratar de matéria de ordem pública, bem como por ser a CLT omissa quanto à questão, atraindo a aplicação subsidiária do regramento previsto no CPC. Ademais, o art. 8º, da CLT, dispõe que as normas trabalhistas devem ser interpretadas de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

> (TRT15 – RO 0010719-35.2018.5.15.0077 – 11ª Câmara (Sexta Turma) – Mayra Andressa x Eloisa Helena de Souza Dario e outros – Rel.: Des. Antonio Francisco Montanagna – Julgamento: 02/07/2019 – Publicação: 10/07/2019)

E também o TRT da 10ª Região:

> ARGUIÇÃO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO. Nesta Eg. 2ª turma prevaleceu o entendimento no sentido da possibilidade da pronúncia de ofício da prescrição, nos termos do art. 219, § 5º, do CPC, por tratar-se de matéria de ordem pública. Ressalvas deste Relator. DANO MORAL. MORA SALARIAL. A violação a direitos da personalidade deriva do próprio constrangimento decorrente do inadimplemento patronal com relação a verbas de caráter alimentar, sendo prescindível, nesta hipótese, a demonstração de uma situação concreta de humilhação ou desconforto. Recurso conhecido e provido em parte.
>
> (TRT10 – RO 0000498-59.2014.5.10.0016 – 2ª Turma – Ana Lucia Medeiros Correa x Unimed Brasília Cooperativa de Trabalho Médico – Rel.: Des. Mário Macedo Fernandes Caron – Julgamento: 25/03/2015 – Publicação: 24/04/2015)

No âmbito do TRT da 2ª Região, há decisões em ambos os sentidos. Confira-se:

> A mais, prescrição é matéria de ordem pública (apesar da flexibilização de seu reconhecimento no processo juslaboral) e a Lei n. 13.467/2017 estabeleceu hipótese de reconhecimento de ofício de tal instituto (art. 11-A, § 2º, CLT)
>
> (TRT2 – RO 1000580-29.2018.5.02.0316 – 14ª Turma – Leandro Tavares da Silva Lins x Moraes e Giroto Indústria e Comércio Ltda – EPP e outros – Relª: Maria Cristina Xavier Ramos Di Lascio – Publicação: 01/04/2019)
>
> **PRESCRIÇÃO BIENAL NÃO ARGUIDA EM CONTESTAÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO**. "In casu", não há qualquer pedido específico de prescrição bienal feito em contestação, apenas de prescrição quinquenal. Desta forma, a sentença é extra petita e extrapola os limites da lide e, por consequência deve ser declarada nula. Não cabe ao Juiz pronunciar de ofício a prescrição, pois diz respeito a interesse patrimonial, privado do devedor. Recurso Ordinário a que se dá provimento.
>
> (TRT2 – RO 1001629-10.2017.5.02.0262 – 3ª Turma – Alexsandra da Silva x Regina Helena Prado Volpe De-

> corações - EPP – Relª: Juíza Liane Martins Casarin – Julgamento: – Publicação: 04/06/2019)

Na fundamentação do acórdão proferido no recurso supra (RO 1001629-10.2017.5.02.0262), constou o seguinte:

> Mesmo que assim, não fosse, e se entendesse que a prescrição poderia ser declarada de ofício, ainda assim, a referida prejudicial deveria ser afastada, posto que a prescrição não é matéria de ordem pública, pois diz respeito a interesse patrimonial, privado do devedor, tanto que é possível de renúncia. Portanto, não cabe ao Juiz pronunciar de ofício a prescrição.

Na doutrina, em sintonia com o entendimento pretoriano majoritário, Vólia Bonfim[22] destaca que tanto a decadência quanto a prescrição constituem matéria de ordem pública.

6 Da aplicação subsidiária do CPC à CLT

O art. 7º, XXIX, da Constituição Federal, destaca o direito de ação dos trabalhadores urbanos e rurais quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Informa o art. 15 do CPC que, na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, suas disposições serão aplicadas supletiva e subsidiariamente, enquanto o art. 769 da CLT determina que, "nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título."

Pois bem! O art. 487, II, do CPC determina que há resolução de mérito quando o juiz decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição.

Por seu turno, a Instrução Normativa nº 39/2016 silenciou acerca da possibilidade ou não da aplicação, subsidiária e supletivamente, do art. 487, II, do CPC ao Processo do Trabalho.

Nesse sentido, a 2ª Turma do TRT da 10ª Região pacificou o entendimento favorável à decretação de ofício da prescrição[23]:

---

[22] Direito do trabalho. 14. ed., rev., atual. e ampl. – [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1.216.

[23] Tal entendimento é compartilhado por outras câmaras integrantes do TRT2, conforme arestos proferidos nos seguintes recursos: RO 1001129-28.2017.5.02.0040 – 17ª Turma; e RO 1000682-03.2018.5.02.0041 – 14ª Turma.

> 2. PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO. Nessa 2ª Turma deste egr. Tribunal está pacificado o entendimento de pronúncia de ofício da prescrição. A jurisprudência é no sentido de que o preconizado no art. 487, inc. II, do CPC 2015 (art. 219, §5º, do CPC 1973), é perfeitamente aplicável ao Processo Trabalhista (ressalvas de entendimento pessoal).
>
> (TRT10 – RO 0000773-03.2017.5.10.0016 – 2ª Turma – Edilson da Silva x Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal – CAESB – Rel.: Juiz Convocado Gilberto Augusto Leitão Martin – Julgamento: 06/06/2018 – Publicação: 15/06/2018)

No mesmo sentido, a 2ª Turma do TRT da 15ª Região:

> Por se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida de ofício, conforme entendimento do art. 487, II, do CPC, aplicável de forma subsidiária, passo à análise.
>
> ... *omissis*
>
> Assim, ainda que por outros fundamentos, mantenho a r. sentença.
>
> (TRT15 – RO 0011350-78.2017.5.15.0120 – 2ª Câmara (Primeira Turma) – Suely Marlene Malengo Contim X Município de Guariba – Rel.: Des. Eduardo Benedito de Oliveira Zanella – Julgamento: 28/05/2019 – Publicação: 30/05/2019)

Entretanto, diverge desse entendimento a 6ª Turma do TRT da 15ª Região, *verbis*:

> No caso, a reclamação foi ajuizada em 6.6.2018, ou seja, na vigência da Lei 13.467/2017, que incluiu o art. 11-A na CLT, o qual autoriza a declaração, de ofício, apenas da prescrição intercorrente, na fase de execução, silenciando quanto à fase de conhecimento, o que poderia ter sido feito pelo legislador diante da amplitude da Reforma Trabalhista.
>
> Assim, da data venia da origem, entendo que não pode ser pronunciada a prescrição de ofício na fase de conhecimento, pois não é o caso de aplicação subsidiária do CPC, por omissão da CLT.
> (TRT15 – RO 0010740-77.2018.5.15.0152 – 6ª Câmara (Terceira Turma) – Mauro Celso da Silva x Mabe Brasil Eletrodomésticos S/A (Massa Falida) – Rel.: Juíza Maria da Graça Bonança Barbosa – Julgamento: 18/06/2019 – Publicação: 25/06/2019)

No âmbito do TRT da 2ª Região, a 10ª Turma afasta a possibilidade do acolhimento de ofício da prescrição na fase de conhecimento [24]:

> Ocorre que o entendimento prevalecente neste Tribunal é o da existência de incompatibilidade entre o processo do trabalho e a regra do artigo 487, II, do NCPC. Consequentemente, o Juízo trabalhista, via de regra, não pode declarar **ex officio** a prescrição, seja ela total, parcial ou mesmo intercorrente.
>
> (TRT2 – RO 1000950-03.2018.5.02.0059 – 10ª Turma – Fundação Casa/SP - Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente x Antonio Carlos Santos Padrão – Rel.: Des.ª Ana Maria Moraes Barbosa Macedo – publicação: 27/06/2019)

7 Jurisprudência

Em regra, as decisões judiciais contrárias ao acolhimento *ex officio* da prescrição na fase de conhecimento se baseiam em alguns conceitos típicos do direito do trabalho, a exemplo da natureza alimentar do salário, da valorização do trabalho e do emprego, da opção pela norma mais favorável ao empregado, da proteção ao hipossuficiente, etc.

Contudo, o entendimento pretoriano recente tem sido mais rigoroso com o empregado, o que pode ser atribuído à Reforma Trabalhista. De fato, percebe-se uma sensível alteração jurisprudencial no enfoque dado ao tema pelos tribunais regionais em relação às demandas aforadas após 11/11/2017, no sentido de haver, atualmente, maior probabilidade de acolhimento da declaração de ofício da prescrição se compararmos às ações ajuizadas antes daquela data.

No âmbito do TST, a jurisprudência ainda é pacífica no sentido da impossibilidade da declaração *ex officio* da prescrição. Tal entendimento poderá (ou não) ser alterado a partir do momento em que forem analisados recursos oriundos de demandas recentes, aforadas após a Reforma Trabalhista, concluindo-se que, pelo menos por enquanto, o pronunciamento a seguir, proferido em uma ação ajuizada aos 23/06/2017, ainda reflete a jurisprudência dominante naquela Corte:

---

[24] Tal entendimento é acompanhado por diversas outras Turmas integrantes do TRT2, conforme se verifica dos arestos proferidos nos seguintes recursos: RO 1001273-87.2017.5.02.0044, RO 1000439-11.2018.5.02.0445, RO 1000293-91.2017.5.02.0319, ED 1000479-43.2018.5.02.0008 e RO 1000211-41.2018.5.02.0702.

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/17 – PRESCRIÇÃO – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE
No processo do trabalho, a prescrição é matéria de defesa e não pode ser pronunciada de ofício, não havendo falar em aplicação subsidiária do art. 487, II, do NCPC (art. 219, § 5º, do CPC de 1973). Julgados.
Recurso de Revista conhecido e provido.
(TST – RO 0000773-03.2017.5.10.0016 – 8ª Turma – Edilson da Silva x Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal – CAESB – Relª.: Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi – Julgamento: 03/04/2019 – Publicação: 05/04/2019)

Além da impossibilidade da declaração de ofício da prescrição pelo magistrado, a jurisprudência do TST é expressa ao limitar a arguição da prescrição à fase ordinária, ou seja, o interessado que não opuser a prejudicial de mérito na fase de conhecimento não poderá fazê-lo posteriormente (Súmula 153).

Porém, nas pesquisas efetuadas no âmbito do TST, não logramos encontrar acórdãos referentes a recursos oriundos de processos ajuizados após 11/11/2017, razão pela qual é precoce afirmarmos que haverá alguma mudança no entendimento da Corte por força da alteração produzida pela Reforma Trabalhista na seara prescricional, ou seja, não se sabe como o TST irá se pronunciar acerca da possibilidade (ou não) da declaração de ofício da prescrição na fase de conhecimento, considerando que, na fase de execução, a declaração *ex officio* já é facultada ao magistrado (CLT, art. 11-A, § 2º).

Entretanto, ao que tudo indica, no âmbito regional a questão parece que está tomando outro rumo. O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, por exemplo, já proferiu diversos acórdãos favoráveis à declaração *ex officio* da prescrição, a ponto de o tema estar pacificado no âmbito da Segunda Turma do Regional.

Tal entendimento se fundamenta em diversos argumentos, com destaque para os seguintes: a) o tema tem sede constitucional (CF, art. 7º, XXIX); b) trata-se de matéria de ordem pública; c) a omissão da CLT a respeito do tema, atraindo a aplicação subsidiária do CPC; e d) finalmente, porque um dos motivos da existência da prescrição, e talvez o mais importante, é justamente a pacificação do conflito de interesses em função do decurso do tempo e da inércia do titular da ação no exercício da pretensão, proporcionando a estabilização das relações jurídicas e do conflito de interesses, dissipando situações potencialmente litigiosas.

De nossa parte, acrescentaríamos um motivo de natureza contábil em favor do acolhimento *ex officio* da prescrição. É evidente que a contabilidade das grandes empresas, com destaque para as instituições financeiras, mantém um rigoroso provisionamento monetário vinculado às condenações trabalhistas, sendo certo que, quanto mais favorável a jurisprudência acerca do acolhimento da prescrição, menor será o montante do valor provisionado, liberando capital para outras finalidades institucionais, o que é importante para o país, pois proporciona a redução do custo da intermediação financeira, possibilita maior circulação da riqueza e, a longo prazo, proporciona novos empregos em função do estímulo à economia.

Outro argumento que se destaca dos arestos analisados diz respeito ao art. 8º da CLT, o qual determina que, na falta de disposições legais ou contratuais, as autoridades administrativas e o Poder Judiciário dedicirão, conforme o caso, com base na jurisprudência, na analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, "mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público."

No caso, de fato, o interesse público guarda estreita sintonia com os dispositivos de ordem pública, a exemplo da prescrição.

Por fim, há os que sustentam que o § 2º, do art. 11-A, da CLT, o qual possibilita a declaração de ofício da prescrição intercorrente na fase de execução em qualquer grau de jurisdição, seja aplicável também na fase de conhecimento, pois se a lei admitiu, de forma intercorrente, o reconhecimento de ofício da prescrição quando já existe título executivo judicial, é plausível a possibilidade do reconhecimento de ofício da prescrição bienal ante a incerteza e a indefinição a respeito do direito invocado[25].

[25] "O §2º do art. 11-A da CLT prevê que "A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição", dispositivo aplicável ao reconhecimento da prescrição na fase de conhecimento. Ora, se a lei admitiu o reconhecimento da prescrição de ofício quando já existe título executivo firmado, de forma intercorrente, é de se considerar também a possibilidade do reconhecimento de ofício da prescrição bienal ante a incerteza e a indefinição a respeito do direito invocado, corolário do brocardo de que o direito não socorre quem dorme (dormientibus non sucurrit jus)." (TRT2 – ROPS 1000230-38.2018.5.02.0511 – 9ª Turma – Cassio Ramos dos Santos x Josmar Serviços em Logística Ltda e Carrefour Comércio e Indústria Ltda – Rel.: Des.ª Simone Fritschy Louro – Publicação: 08/02/2019)

Por outro lado, os argumentos contrários à declaração de ofício da prescrição se sustentam basicamente nos seguintes pontos: a) indisponibilidade dos direitos oriundos da legislação laboral, razão pela qual a decretação *ex officio* da prescrição não se aplica no âmbito do direito do trabalho; b) a Lei nº. 13.467/2017, que incluiu o art. 11-A na CLT, autoriza a declaração de ofício apenas da prescrição intercorrente na fase de execução, silenciando quanto à fase de conhecimento, o que poderia ter sido feito pelo legislador no âmbito da Reforma Trabalhista; c) impossibilidade de aplicação subsidiária do CPC por omissão da CLT; d) o respeito aos princípios oriundos do direito do trabalho, com destaque para a valorização do trabalho e do emprego, a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e a submissão da propriedade à sua função socioambiental, além do próprio princípio da proteção ao hipossuficiente, pois o ajuizamento da reclamatória no curso da relação laboral pode conduzir ao rompimento do contrato de trabalho; e) a natureza alimentar dos créditos trabalhistas; f) a necessidade de interpretação restritiva no que tange às regras sobre a prescrição extintiva, considerando seu caráter prejudicial ao interesse do trabalhador; g) segundo o art. 769 da CLT, para a aplicação subsidiária do direito processual comum são necessários dois requisitos: omissão da CLT e compatibilidade da regra processual; e h) na Justiça do Trabalho, a prescrição dos créditos trabalhistas só pode ser pronunciada se houver provocação da parte interessada.

8 Doutrina

A doutrina parece estar seguindo os mesmos passos da jurisprudência regional, já havendo opiniões no sentido de que, após a Lei nº. 13.467/2017, o magistrado deve acolher a prescrição de ofício, mesmo que, para isso, deva intimar as partes a se manifestarem a fim de evitar a chamada "decisão surpresa".

Sobre o tema, Francisco Rossal de Araújo e Rodrigo Coimbra[26] defendem o conhecimento de ofício pelo magistrado da prescrição e da decadência, porém, mediante prévia oitiva das partes:

> A sistemática de arguição prevista no CPC/2015 apontou para outro caminho. O próprio Poder Judiciário pode invocar a matéria da prescrição para ser debatida e declarada no processo, mas antes deve ouvir as partes sobre o tema, acaso tenham permanecido silentes (art. 487, parágrafo único, CPC). Tal circuns-

[26] A prescrição e o direito do trabalho. São Paulo, LTr, 2018, p. 42.

> tância pode ocorrer em qualquer grau de jurisdição, inclusive a extraordinária, pois o que motiva tal dispositivo é a prevalência do interesse público sobre o interesse particular. Dito de outro modo, o CPC/2015 exige a manifestação da parte sobre a prescrição e a decadência antes do juiz pronunciá-la, conforme disposto no art. 10 e no parágrafo único do art. 487. Deste modo, o juiz deve conhecer de ofício da prescrição e a decadência, sem necessidade de requerimento das partes, entretanto deve ouvi-las antes de proferir sua decisão (art. 337, § 5º e art. 342, II), por incidência do princípio da colaboração.

Em sentido contrário, Daniel Amorim Assumpção Neves[27], analisando a conexão entre os arts. 332 e 487 do CPC, destaca que, nas causas que dispensem a fase instrutória, o julgamento liminar de improcedência previsto no § 1º do art. 332, referente ao acolhimento da prescrição e da decadência, dispensa o magistrado da intimação da parte contrária a se manifestar antes de proferida a decisão, à luz do disposto no parágrafo único do art. 487.[28]

Nesse aspecto, José Miguel Garcia Medina e Janaina Marchi Medina (2016, p. 87) ressaltam a "duvidosa constitucionalidade" da regra que excepciona a oitiva da parte antes do acolhimento liminar da decadência ou da prescrição, em face da afronta ao princípio do contraditório.

Mauro Schiavi (2017, p. 75) sustenta que a prescrição da pretensão deve ser invocada antes do trânsito em julgado da decisão, em homenagem à Súmula 153 do TST[29].

Vólia Bonfim Cassar (2017, p. 1.216) lembra que a legislação comum deve ser aplicada subsidiariamente ao processo do trabalho em caso de omissão da CLT, desde que o tema seja compatível com a legislação laboral, e destaca que, salvo no que tange à prescrição intercorrente, a CLT é omissa a respeito da

---

27 Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro : Forense; São Paulo: Método, 2016, p. 238.

28 Em sintonia com o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves, o TRT da 2ª Região já decidiu que "no âmbito da Justiça do Trabalho pode haver o reconhecimento de ofício da prescrição do art. 7º, XXIX, CF, observado o art. 487, parágrafo único, CPC, exigindo-se, no entanto, quanto aos demais prazos da lei a provocação oportuna da parte." (TRT2 – ED 1000718-96.2018.5.02.0606 – 8ª Turma – Almeida, Barão & Ferreira Sociedade de Advogados x V. acórdão de fl. 911 – Relª: Juíza Convocada Silvane Aparecida Bernardes).

29 TST, Súmula 153: PRESCRIÇÃO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 Não se conhece de prescrição não argüida na instância ordinária (ex-Prejulgado nº 27).

possibilidade do acolhimento *ex officio* da prescrição na fase de conhecimento. Por fim, esclarece que o legislador procurou "reforçar a prevalência do interesse público sobre o privado, já que a prescrição, assim como a decadência, também constitui matéria de ordem pública", e arrematou:

> Portanto, o dispositivo legal é compatível com a regra processual trabalhista. Nem se diga que tal entendimento fere o art. 7º, *caput*, da Constituição porque aqui a regra é processual e lá se pretendeu melhores condições sociais, isto é, de direitos materiais. Por isso, o poder de declaração judicial *ex officio* passa a ser regra processual trabalhista.

Sergio Pinto Martins (2016, p. 1.023), mesmo antes da Reforma Trabalhista, já admitia que o juiz poderia suprir, de ofício, a alegação de prescrição, em homenagem ao disposto no § 5º, do art. 219, do CPC/73.

Rodolfo Pamplona Filho e Leandro Fernandez[30], com arrimo em Pontes de Miranda, ensinam que a prescrição se traduz na inação do titular do direito em relação à pretensão exigível em virtude do decurso de tempo fixado em lei, e salientam que, com a oposição da exceção da prescrição, ou, na atualidade, sua pronúncia *ex officio*, fulmina-se a eficácia da pretensão.

Em outra obra[31], os autores admitem que a doutrina se encontra dividida sobre a questão, mas deixam claro seu ponto de vista favorável ao acolhimento da prescrição de ofício pelo magistrado, partindo da aplicação subsidiária do CPC ao contencioso trabalhista:

> **Em nossa perspectiva**, os arts. 332, § 1º, e 487, inciso II, contêm regra de natureza processual, destinada a regular a conduta do julgador diante de pretensões prescritas, e cogente, não se tratando de mera faculdade, **devendo, pois, o Magistrado (e o Tribunal Regional do Trabalho) pronunciar *ex officio* a prescrição**, adotando, como regra geral, o procedimento de **prévia oitiva dos litigantes**, de modo a permitir ao autor a demonstração de eventuais fatores de impedimento, suspensão ou interrupção, bem

30 A prescrição total na reforma trabalhista. In: FELICIANO. Guilherme Guimarães; TREVISO. Marco Aurélio Marsiglia; FONTES. Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). Reforma trabalhista : visão, compreensão e crítica. São Paulo: LTr, 2017, p. 54.

31 Tratado da prescrição trabalhista : aspectos teóricos e práticos: de acordo com o CPC/15, com a reforma trabalhista e com as súmulas, OJ´s e teses prevalecentes do TST e dos TRT´s. São Paulo: LTr, 2017.

> como o exercício da renúncia quanto à prescrição consumada por parte do réu."

Quanto ao momento de arguição da prescrição, Rodolfo Pamplona Filho e Leandro Fernandez lembram que a mesma, como regra, deve ser arguida na contestação. Todavia, acaso não agitado o tema nessa peça processual, a prescrição pode ser oposta em sede de razões finais, embargos de declaração, recurso ordinário (ou contrarrazões) e, inclusive, quando da sustentação oral junto ao Tribunal Regional do Trabalho, justamente pelo fato de o tema poder (dever) ser conhecido de ofício pelo magistrado.

No entanto, se opõem à sua arguição em sede de Recurso de Revista, pois, apesar de o tema dever ser conhecido de ofício pelo magistrado, a instância excepcional exige o prequestionamento da matéria como requisito para o conhecimento do recurso, o que representa um óbice ao acolhimento da prejudicial.

Da mesma forma, não se admite a oposição da prescrição durante a fase de execução em face do óbice jurisprudencial representado pela Súmula 153 do C. TST.

Conclusão

Comungamos a opinião de Vólia Bonfim, pois o legislador da Reforma Trabalhista perdeu a oportunidade de incluir, no art. 11 da CLT, a possibilidade do conhecimento de ofício de todas as modalidades de prescrição, limitando-se a fazê-lo somente em relação à prescrição intercorrente, referente à fase de execução, o que deixou os operadores do direito divididos entre os que defendem a extensão da regra da prescrição intercorrente às demais formas de prescrição e os que sustentam que o legislador, quando quis, foi expresso sobre o tema, não cabendo ao intérprete estender o conhecimento de ofício da prescrição intercorrente às demais hipóteses de prescrição não expressamente previstas na norma.

Porém, apesar da omissão do legislador acerca da possibilidade do acolhimento *ex officio* da prescrição na fase cognitiva, considerando tratar-se de dispositivo de ordem pública, entendemos que o mesmo deveria ser aplicado de forma imperativa, imediata e automática, independentemente da provocação do interessado ou mesmo da declaração judicial, de modo que todos os envolvidos (magistrados, partes, advogados, Ministério Público do Trabalho, peritos, etc.) estejam cientes, de antemão, que as hipóteses de prescrição dos créditos trabalhistas referen-

tes à fase de conhecimento estampadas na legislação são aplicáveis, independentemente de qualquer provocação, ainda que o reclamado seja revel!

Tal postura garante ao reclamante o direito de requerer judicialmente todos os direitos garantidos por lei, mas, dentro de um lapso temporal predefinido, do qual o mesmo já se encontra ciente antecipadamente. Pelo lado do reclamado, da mesma forma, o mesmo terá a garantia de que sua responsabilidade jamais se estenderá além das verbas devidas dentro de determinado prazo, ainda que não apresente defesa.

Não há nada errado nem injusto em tal raciocínio, considerando, por exemplo, que a prescrição parcial definida pela lei é de cinco anos, ou seja, tempo suficiente para que o reclamante, especialmente o chamado "hipersuficiente"[32], exercite seu direito constitucional de petição, não sendo justo que o empregado seja contemplado com uma indenização gigantesca, enriquecida com juros e correção monetária, pelo simples fato de o reclamado, por lapso, não ter alegado a prescrição na fase cognitiva, ou ter sido revel.

O papel da Justiça do Trabalho é o de garantir que o reclamante receba o que lhe é devido e não o de arruinar o reclamado. Por outro lado, assim como o reclamado tem o direito constitucional de se defender, também tem o direito de não se defender e de não constituir advogado, e, mesmo assim, ter garantida a limitação de sua responsabilidade ao lapso prescricional ou mesmo o reconhecimento da ausência de responsabilidade, acaso todos os pedidos já estejam fulminados pela prescrição.

A propósito, é lugar-comum na justiça brasileira sempre considerar o reclamante como a parte mais frágil na relação processual. Entretanto, nem sempre isso é verdade, pois não se pode esquecer que o reclamante, além do direito ao *jus postulandi*, pode constituir o próprio advogado, pode ser assistido pelo sindicato da categoria, possui a seu favor o Ministério Público do Trabalho e os fiscais do trabalho a velar pelo efetivo cumprimento das normas trabalhistas, e, como se não bastasse, tem a seu favor o princípio *in dubio pro operario*, a lhe garantir a procedência dos pedidos caso o empregador não se desincumba, a contento, do mister de contestar, pormenorizadamente, todos os pedidos, conforme determina o princípio da eventualidade.

Em outras palavras, não se discute que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis. Porém, limitar o seu alcance pecuniário no tempo não ofende tal princípio. O direito é irrenunciável,

[32] CLT, art. 444, parágrafo único.

mas a materialização monetária do direito deve, sim, ser limitada no tempo, especialmente considerando que o prazo prescricional de cinco anos (ou dois anos após a extinção do contrato de trabalho) é mais que razoável para o manejo da demanda trabalhista, sem considerar que o empregado nem sempre tem interesse em aforar a reclamatória no primeiro momento, ciente que, a partir da lesão ao direito, seu crédito já estará a salvo dos efeitos nocivos da inflação, pois são corrigidos monetariamente, e, a partir da citação, serão acrescentados os juros de mora de 1% ao mês, sendo estes livres de tributação, conforme entendimento pacificado no âmbito do TST[33].

Referências

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.

ARRUDA ALVIM. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14ª ed., rev., atual. e ampl. – [3. Reimpr.] – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do trabalho sintetizado**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **Processo do trabalho sintetizado**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FONTES. Saulo Tarcísio de Carvalho (org.). **Reforma trabalhista: visão, compreensão e crítica**. São Paulo: LTr, 2017.

LOTUFO. Renan. **Código Civil comentado**: parte geral (arts. 1º a 232). 2. ed. atual. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2004

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

[33] TST, OJ 400, SDI-1:
"400. IMPOSTO DE RENDA. BASE DE CÁLCULO. JUROS DE MORA. NÃO INTEGRAÇÃO. ART. 404 DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. (DEJT divulgado em 02, 03 e 04.08.2010)
Os juros de mora decorrentes do inadimplemento de obrigação de pagamento em dinheiro não integram a base de cálculo do imposto de renda, independentemente da natureza jurídica da obrigação inadimplida, ante o cunho indenizatório conferido pelo art. 404 do Código Civil de 2002 aos juros de mora."

MEDINA, José Miguel Garcia; MEDINA, Janaina Marchi. **Guia prático do novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil** – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; FERNANDEZ, Leandro. **A prescrição total na reforma trabalhista**. *In*: FELICIANO. Guilherme Guimarães; TREVISO. Marco Aurélio Marsiglia; _____. **Tratado da prescrição trabalhista : aspectos teóricos e práticos** : de acordo com o CPC/15, com a reforma trabalhista e com as súmulas, OJ´s e teses prevalecentes do TST e dos TRT´s. São Paulo: LTr, 2017.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17**. 1. ed. São Paulo : LTr Editora, 2017.

A problemática da fundamentação nas decisões judiciais perante o Novo Código de Processo Civil (Análise do artigo 489, §1º, IV, NCPC)

Kellen Cardozo de Azeredo
Advogada
Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal no Rio Grande do Sul

RESUMO

A fundamentação exaustiva das decisões judiciais, prevista no Novo Código de Processo Civil, no artigo 489, parágrafo 1º, inciso IV, vai ao encontro da celeridade processual? Será demonstrado neste estudo que o texto do referido dispositivo vai de encontro à celeridade processual, visto que o julgador, ao rebater todas as alegações invocadas pelo procurador, não podendo mais argumentar generalizadamente, despenderá de maior tempo, além de que nem sempre as razões apresentadas pelo dativo são de fundada importância para o caso, podendo ser desprovidas de análise, uma vez que a decisão pode tratá-las de forma mais abrangente, sem elencá-las. Um sistema justo e efetivo não é medido apenas pela quantidade de processos julgados, mas também pela qualidade da fundamentação das decisões judiciais. Contudo, o modo como o parágrafo 1º mencionado previu tais fundamentações é exagerado, considerando que uma decisão pode suficientemente sanar a demanda processual sem elencar todas as argumentações apontadas.

Palavras-chave: Fundamentação. Processo Civil. Artigo 489. Sentença.

ABSTRACT

Does the exhaustive grounds for judicial decisions provided for in the New Code of Civil Procedure - Article 489, paragraph 1, paragraph IV - meet procedural speed? It will be demonstrated in this study that the text of that provision goes against processual speed, considering that the judge, in analyzing all the allegations invoked by the prosecutor, prevented of argue generally, will spend more time, and, not alway the reasons given by the dative are of fundamental importance to the case and may be devoid of analysis, since the decision can treat them

more comprehensively, without listing them. A fair and effective system is not only measured by the number of prosecutions judged, but also by the quality of the reasoning of court decisions. However, the manner in which paragraph 1 mentioned provided for such grounds is exaggerated, considering that a decision can sufficiently remedy the procedural demand without listing all the arguments put forward.

Keywords: Rationale. Civil lawsuit. Article 489. Verdict.

Introdução

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 garante aos cidadãos, em seu artigo 93, inciso IX[1], que serão fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Tal garantia até março do corrente ano estava prevista apenas na Carta Magna; todavia, com o advento da entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil – NCPC –, passou a constar, também, no artigo 11 da referida legislação, com a seguinte redação: "Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade". (BRASIL, 2015).

Vê-se, cada vez mais, necessário o dever do julgador de fundamentar suas decisões, de exibir os motivos pelos quais decidiu dessa ou daquela forma, pois é direito das partes e dever do Estado indicar a base legal adotada.

O Judiciário cumpre, portanto, além de outras, uma importante função constitucional.

O artigo 489 da Lei nº 13.105/15 – NCPC – tratou dos elementos da sentença, tendo seu §1º dilatado tais elementos para todos os atos judiciais de caráter decisório, senão vejamos:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

[1] Art. 93, IX, CF: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.
> § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.
> § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. (BRASIL, 2015).

Começam, então, os problemas em torno de tal dispositivo; o primeiro deles pela forma negativa que dispôs sobre a fundamentação das decisões judiciais, de modo que, através de seis incisos, previu o que não poderia constar nelas, cerceando o juiz.

Será, então, que essa limitação não afeta o princípio do livre convencimento do magistrado?

Uma possibilidade de sanar essas maneiras de como não fundamentar as decisões judiciais, ou pelo menos de reverter tal situação, é interpretar o parágrafo 1º do art. 489, do NCPC, em adequação com o art. 6º do mesmo dispositivo, o qual prevê o dever de cooperação, e com o art. 319, devendo as partes indicar também os dispositivos legais em que se baseiam para a pretensão do direito requerido. Ou seja, se, por um lado, o juiz deve fundamentar conforme o ordenamento prediz, por outro, a parte deve explanar os fatos e a(s) lei(s) que os ampara(m).

Pode, então, o magistrado não citar eventual artigo de lei se este não for trazido pela parte, uma vez que tem ela o dever de explanar os argumentos jurídicos que convergem ao caso. Estaria aqui um modo de interpretar o §1º do art. 489, do NCPC,

que vai ao encontro da atual situação do judiciário brasileiro, pois não é viável cumprir as determinações do referido texto legal e, ao mesmo tempo, respeitar a celeridade processual, prevista no Código de Processo Civil de 2015.

2 Abordagem dos princípios constitucionais do processo civil e do dever de motivação

2.1 Os princípios constitucionais do processo civil

A Constituição Federal/88 prevê os princípios constitucionais do processo civil, visando a estabelecer preceitos mínimos que devem ser seguidos para que o trâmite processual seja adequado.

Tendo por base a doutrina de Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz, elencam-se a seguir, ainda que de forma resumida, os principais princípios constitucionais do processo civil, como forma de apresentá-los em nível introdutório para que, mais adiante, seja possível compreender a conexão entre alguns deles e o inciso IV, do parágrafo 1º, do artigo 489, do NCPC:

a) Do acesso à justiça

Este princípio está previsto no art. 5º, XXXV, da CF.

Todo cidadão tem o direito de ter acesso à justiça para buscar seu direito; se este será concedido ou não é outra discussão, mas não pode o Estado retirar do indivíduo tal garantia.

Adiante, de igual importância, encontra-se o princípio do contraditório:

b) Do contraditório

Tal princípio está situado no art. 5º, LV, da CF.

Desta leitura, depreende-se então que consiste o contraditório no direito das partes em defenderem-se umas das outras, sendo informadas de todas as provas, bem como das alegações trazidas pela parte adversa.

Ademais, na mesma senda, há o princípio da publicidade:

c) Publicidade

Está identificado nos arts. 5º, LX, e 93, IX, da CF.

Neste seguimento, percebe-se que, em regra, o ordenamento prevê que todos os atos judiciais serão públicos, admitindo segredo de justiça, mas garantindo, em todos os casos, o livre acesso pelas partes.

Avançando, explanam-se os princípios do Juízo e promotor natural, ambos tratados conjuntamente por deterem de semelhanças:

d) Juízo e promotor natural

Está previsto no art. 5º LIII, da CF.

Este princípio garante aos indivíduos que o julgamento da causa será imparcial e por órgão competente.

Outro princípio que também corrobora com o processo civil é o seguinte:

e) Proibição da obtenção de prova por meio ilícito

Está localizado no art. 5º, LVI, da CF.

Prevê que só será admitida no processo como prova aquela que não for obtida de forma ilícita, garantindo aos envolvidos inviolabilidade aos seus direitos fundamentais.

Prosseguindo, verifica-se o princípio da isonomia processual, a seguir exposto:

f) Isonomia processual

Estabelecido no art. 5º, *caput*, da CF, determina que há igualdade entre todos.

Dessa forma, complementando o princípio do juízo e promotor natural, a isonomia processual assegura que o magistrado dará tratamento igual, sem fazer distinção, às partes.

Outro conceito que serve de paradigma para o processo civil é o que vem a seguir exposto:

g) Duplo grau de jurisdição

Este princípio não está previsto na Constituição Federal, porém é também, assim como os outros aqui elencados, de suma importância.

Embora não previsto na Carta Magna, como já mencionado, pode ser interpretado o princípio do duplo grau de jurisdição como constitucional, tendo em vista que seu objetivo é o de salvaguardar o direito do indivíduo de ter seu processo submetido ao Tribunal, salvo nos casos de decisões irrecorríveis, ficando neste caso limitado em favor de outros direitos substanciais.

Avançando, menciona-se o princípio da duração razoável do processo, evidenciado na obra dos professores Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz:

h) Duração razoável do processo

Localiza-se no artigo 5º, LXXVIII, CF.

O ponto aqui explanado merece destaque. Constata-se que o processo deve ter uma duração razoável, porém cada caso é específico, cabendo ao magistrado analisar os sujeitos envolvidos, bem como a matéria em pauta para poder definir qual es-

paço de tempo que será considerado razoável. Medidas que sejam consideradas inúteis ao processo, de modo a procrastiná-lo, deverão ser recusadas, e mais, todas as providências tomadas no sentido de tornar o procedimento mais célere, desde que de acordo com a lei, são bem-vindas. Reduzir o número de processos no Judiciário e não ser o juiz obrigado a enfrentar todos os argumentos trazidos pelas partes, como determinado no inciso IV, do §1º, do at. 489, do NCPC, são exemplos de como não delongar o trâmite processual.

Em relação ao princípio da coisa julgada, se fazem os seguintes apontamentos:

i) Coisa Julgada:

Tem-se por coisa julgada aquela decisão que dela não mais caiba recurso, de modo a evitar rediscussões, conforme salientam Porto e Ustarróz (2009, p. 108-109):

> Na Lei de Introdução ao Código Civil vem definida, no art. 6º, §3º, como a "decisão judicial de que já não caiba recurso". Conquanto simplificada, transmite sua principal função: evitar que a decisão seja eficazmente atacada. A coisa julgada, para se valer de históricas metáforas, é o selo ou a capa protetora do julgado que o livra de rediscussões. Desta forma, no momento em que uma decisão transita em julgado, o próprio sistema trata de imunizá-la de ataques futuros, a fim de que as partes possam obter um mínimo de segurança na organização do porvir. Esta qualidade que se agrega à sentença recebe o nome de coisa julgada. [...]
> Enquanto ato do processo, a sentença é protegida contra alterações pela máxima preclusão recursal. A sentença torna-se imutável no feito em que é proferida, desimportando se definitiva (com análise de mérito) ou meramente terminativa (com o reconhecimento da inadmissibilidade da tutela jurisdicional). Correta ou equivocada a decisão, com a capa protetora, adquire estabilidade no feito em que foi prolatada. A este primeiro fenômeno, do trânsito em julgado, cunha-se a expressão *coisa julgada formal* para referir justamente a impossibilidade de sua rediscussão no bojo do processo em que é proferida.
> Todavia, pode ocorrer que esta sentença – transita em julgado – tenha dirimido o suposto conflito que ligava as partes. Nessa hipótese, costuma-se falar que houve a formação da coisa julgada material, que é constituída pela coisa julgada formal acrescida da análise de mérito. Agora, o pronunciamento judicial estará a salvo de reforma tanto no processo em que é proferido, quanto em qualquer outro, pois a parte

> já recebeu a adequada resposta jurisdicional (provimento meritório).

Sua base legal é o art. 5º, XXXVI, da CF:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada [...]. (BRASIL, 1988).

Este princípio da coisa julgada permite às partes segurança jurídica, de modo que, em regra, após o trânsito em julgado, não poderá mais o direito assegurado à(s) parte(s) por decisão judicial ser modificado.

Por fim, há o princípio do devido processo legal, ou, melhor expondo, constitucional.

j) Devido processo constitucional

(Artigo 5º, LIV, CF):

Tal princípio estabelece que será justo o processo quando este obedecer aos outros princípios, devendo também ser compreendido como 'devido processo constitucional' e não 'legal', visto que figura a composição das garantias aqui já referidas.

Há ainda o princípio da motivação das decisões judiciais, o qual será abordado no item a seguir exposto.

São tais princípios, à vista do exposto, orientações que regem o processo civil e que, se não respeitados em harmonia com este, geram um desequilíbrio na rotina processual, afetando os sujeitos nela envolvidos.

2.2 O papel da motivação das decisões judiciais

Há uma linha tênue entre o que pode ser definido como motivação e fundamentação, de modo que ambos os conceitos se fundem a partir do momento em que o julgador menciona em suas decisões a base legal utilizada, explicando o porquê de estar seguindo-a ou não.

A seguir, serão mencionadas doutrinas que ora tratarão de motivação, ora de fundamentação, mas que, no contexto do presente estudo, terão o mesmo efeito prático para fins acadêmicos.

Inicialmente, Nery Junior (2009) aborda o princípio constitucional da motivação:

A CF 93 IX estabelece que as decisões judiciais devem ser motivadas sob pena de nulidade. A menção expressa da necessidade da motivação das decisões judiciais no texto constitucional não significa que somente se adotada semelhante regra pelo legislador constituinte é que terá validade e eficácia. [...]
O CPC 458 II exige, como requisito da sentença, que o juiz mencione os fundamentos de fato e de direito em que se baseou para decidir a causa. Também os acórdãos dos tribunais devem obedecer aos requisitos do CPC 458, sendo que as decisões interlocutórias deverão ser fundamentadas, ainda que de modo conciso (CPC 165).
A motivação da sentença pode ser analisada por vários aspectos, que vão desde a necessidade de comunicação judicial, exercício de lógica e atividade intelectual do juiz, (Cruz e Tucci, José Rogério, 1987, p. 11, *apud* Nery Junior, Nelson, 2009, p. 286) até sua submissão, como ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais estampadas na CF 5º, trazendo consequentemente a exigência da imparcialidade do juiz, a publicidade das decisões judiciais, a legalidade da mesma decisão, (Moreira, José Carlos Barbosa, 1988, p. 75, *apud* Nery Junior, Nelson, 2009, p. 286) passando pelo princípio constitucional da independência jurídica do magistrado, que pode decidir de acordo com sua livre convicção, desde que motive as razões de seu convencimento (*princípio do livre convencimento motivado*). (Netto, José Manoel de Arruda Alvim, p. 235, *apud* Nery Junior, Nelson, 2009, p. 286) [...]
Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação *substancial* e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram "substancialmente" fundamentadas as decisões que afirmam que, "segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido". Essa decisão é nula porque lhe falta fundamentação.
De outro modo, é fundamentada a decisão que se reporta a parecer jurídico constante dos autos, ou às alegações das partes, desde que nessas manifestações haja exteriorização de valores sobre as provas e questões submetidas ao julgamento do juiz. Assim, se o juiz na sentença diz acolher o pedido "adotando as razões do parecer do Ministério Público", está fundamentada a referida decisão, se no parecer do *Parquet* houver fundamentação dialética sobre a matéria objeto da decisão do magistrado.

> A L8952/94, que alterou o CPC 273 e 461, exige expressamente que a decisão do juiz que antecipa a tutela de mérito seja fundamentada (CPC 273 § 4º e 461 § 3º segunda parte). Trata-se apenas de esforço, porque a CF 93 IX já exige que toda e qualquer decisão judicial seja fundamentada. Como a tutela antecipatória é concedida por meio de decisão judicial, já estava a hipótese jungida à CF 93 IX.

No mesmo seguimento, Porto e Ustárroz (2009, p. 66-71):

> De acordo com o art. 93, IX, da Constituição, todos os julgamentos do Poder Judiciário devem ser fundamentados, sob pena de nulidade. Tradicionalmente, a motivação é encarada como a contrapartida do sistema da persuasão racional. Se, por um lado, o magistrado é livre para formar seu convencimento, por outro, deve prestar contas às partes e à sociedade, declinando nos autos as razões que o levaram a adotar sua conclusão. [...]
> Em ensaio recente e valioso, Michele Taruffo afirmou que a justiça de uma decisão pode ser medida a partir de três balizas: (1) pela forma através da qual os fatos controvertidos são percebidos pelo processo judicial (valoração das provas); (2) pela avaliação judicial do melhor direito a ser interpretado e aplicado ao caso concreto (hermenêutica) e (3) pelo caminho percorrido para que a decisão seja tomada, e a possibilidade que as partes tenham tido de influenciar o convencimento judicial (garantias constitucionais ou *procedural justice*). (Taruffo, Michele *apud* Porto, Sérgio Gilberto, 2009, p. 68)
> É do conjunto desses três fatores que a decisão conforme o Direito brota, podendo-se afirmar que essas três coordenadas, longe de almejarem a exclusividade, servem para se complementar. Assim, de nada adiantará que o magistrado extraia a melhor interpretação do direito, caso tenha se equivocado ao dimensionar os fatos colocados sob sua apreciação. Da mesma forma, soa injusto e anti-democrático que, a pretexto de alcançar-se a Justiça com celeridade, seja restringido o direito do destinatário do provimento final de participar ativamente no andamento do processo.
> A exigência de motivação dos provimentos judiciais relaciona-se intimamente com as três perspectivas apontadas. Sem conhecer as razões que permitem a formação do convencimento judicial, reduzido seria o potencial controle da atividade estatal na resolução do litígio. (Luiso, Francesco Paolo, p. 37, *apud* Porto, Sérgio Gilberto, 2009, p. 68) [...]
> Nesse contexto, o art. 93, IX, da Constituição Federal consagra o princípio da publicidade e também contem-

> pla a exigência de que todas as decisões emanadas do Poder Judiciário sejam necessariamente fundamentadas, sob pena de nulidade. Essa determinação, em face do disposto do inciso X, do mesmo dispositivo, estende-se, ainda, às decisões de cunho administrativo.

Na obra *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, foi tratado o princípio da motivação, como já exposto, bem como o artigo 489, do NCPC, na parte em que prevê a exaustiva fundamentação:

> A exigência de fundamentar acompanhou nossa história processual. O CPC vigente estabelece isso em várias ocasiões (art. 131 do CPC, art. 273, § 1º e 4º, do CPC, 458, II do CPC etc.), tendo sido considerada, no sistema constitucional passado, como cláusula constitucional implícita, decorrente do Estado de Direito. (Moreira, José Carlos Barbosa, 1988, p. 89, *apud* Freire, Alexandre... [et. al], 2013, p. 191).
> Esta garantia passou a ser expressa com o advento da Constituição de 1988, que no art. 93, IX, prescreve: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...". [...]
> Deve-se registrar também que a lei enuncia que a decisão será fundamentada quando ela não for omissa, contraditória ou obscura. Exige-se, desta feita, que ela seja completa, consistente e clara. No Projeto do Novo Código de Processo Civil, há a obrigatoriedade de o Magistrado manifestar-se sobre todos os argumentos das partes que infirmem ou confirmem a tese que adotou para resolver o caso. [...]
> Até hoje, coube ao Poder Judiciário, destinatário da norma de estrutura que ordena a fundamentação, definir os contornos de uma decisão fundamentada. Para isso, muitas vezes, faz-se o uso da denominada, mas rechaçada por muitos, fundamentação *per relationem*, que ocorre quando o julgador, em vez de construir as razões que o levaram a decidir acerca de uma questão em sentido amplo, prefere se reportar a decisão anteriormente produzida.
> A casuística da fundamentação *per relationem* pode ser assim resumida: a) o Tribunal adota como seus os fundamentos da decisão de 1º grau rechaçada; b) o Magistrado adota como seus os motivos apresentados por outro juízo – inclusive os que remetem à jurisprudência ou à súmula; c) o Magistrado adota como suas as razões produzidas por qualquer das partes ou manifestação do Ministério Público; (Pero, Maria Thereza Gonçalves, 2001, p. 116, *apud*, Freire, Alexandre ... [et. al], 2013, p. 196). d) decisão em juízo de retratação; e) a hipótese do art. 285-A do CPC. (art.

> 285-A, Lei nº. 11.277/2006 *apud* Freire, Alexandre ... [et. al], 2013, p. 191). [...]
> A orientação do Supremo Tribunal Federal que reputa satisfeita a exigência constitucional de fundamentação satisfeita pela via *per relationem* pode vir a criar um impasse acerca da atuação do legislador ordinário que à sua vedação.
> Deve-se destacar que tal dispositivo poderá ser reputado incompatível com a Constituição, já que estabelece parâmetros e limites para o julgador, não presentes no texto supremo. É um argumento. [...]
> Interessante anotar que o legislador projetista não pretende dizer o que é fundamentação. Apenas aponta para o que não considera uma decisão fundamentada. Cria para isso uma norma de estrutura que irá balizar a conduta do Magistrado, no ato de produzir a decisão judicial. (FREIRE; DANTAS; NUNES *et al.,* 2013).

Como se vê, os autores consideram válido o argumento de que o referido artigo possa ir de encontro à Constituição, tendo em vista que o STF admite as decisões *per relationem* e que a Carta Magna não prevê detalhadamente, como faz o NCPC, o modo de fundamentação. Entretanto, defende que o dispositivo da Lei nº. 13.105/15 não quer "ensinar" como se fundamenta uma decisão judicial.

Theodoro Jr., Nunes e Bahia, *et al.* (2015), sob a mesma ótica, mencionam o posicionamento do STF de que o Magistrado não está obrigado a responder a todas as alegações trazidas pelas partes nos autos, alegando que isso consiste em um erro e que agora tal equívoco foi sanado pelo NCPC:

> Em 2010, contudo, o mesmo Supremo Tribunal Federal, majoritariamente, a despeito do disposto no art. 93, IX, da Constituição de 1988 e do julgador anterior, desenvolveu – e vem reiteradamente reafirmando, como, por exemplo, o faz no AI791292 QO/PE – o entendimento de que o magistrado não está obrigado a responder todas as alegações trazidas pelas partes no processo, nem se pronunciar sobre todos os fundamentos trazidos por um provimento impugnado em sede de um juízo recursal. Ou seja, segundo o novo entendimento do Min. Gilmar Mendes, onde o texto constitucional faz referência a uma exigência de fundamentação deve-se ler apenas a necessidade de uma motivação [...]. [...]
> Essa premissa equivocada (Nunes, Dierle *apud* Júnior, Humberto Theodoro, 2015, p. 307) agora foi corrigida normativamente pelo Novo CPC, pois este leva a sério o atual quadro de litigiosidade massiva que impõe aos juízes e, especialmente, aos Tribunais (em decorrência da força que a jurisprudência vem obtendo na

> práxis jurídica), analisar desde a primeira vez as questões (com destaque para as repetitivas) com amplo debate e levando a sério todos os argumentos para que, tais decisões e suas *ratione decidendi*, possam ter a dimensão que necessitam. [...]
> Dessa forma, o § 1º, do art. 489 do Novo CPC é de importância paradigmática ao estabelecer que não se considera fundamentada decisão judicial que não enfrenta argumento deduzido no processo apto a infirmar a referida decisão, isto é, que apenas indica, reproduz ou faz paráfrase de texto de ato normativo (inciso II) e/ou de súmula (inciso V), sem cotejá-lo com o caso que se está julgando. [...]
> O disposto no inciso IV é de fundamental importância para que se acabe com entendimento da jurisprudência que entende que o juiz "não é obrigado" a enfrentar os argumentos deduzidos pelo advogado, bastando que decida conforme seu "livre convencimento motivado", assinalando por vezes que não teriam de responder a "questionários" ou a "quesitos" formulados pela parte em embargos de declaração.

Na consagrada obra *A motivação da sentença civil*, Taruffo (2015, p. 25) afirma que a valoração do juiz deve ser justificada na decisão:

> Antes de qualquer coisa, entram em evidência os juízos de valor do juiz, que condicionam de vários modos a decisão. Ninguém duvida de que o juiz formule numerosas valorações, seja quando interpreta as normas, seja quando reconstrói os fatos da causa – e é também difícil negar que essas valorações condicionem e enderecem a escolha e a determinação das premissas de direito e de fato da decisão e, portanto, condicionem também a decisão final. Se isso é verdade, ou seja, se se admite que a decisão dependa da valoração do juiz, então é necessário que essas valorações sejam justificadas na motivação da sentença. Não é o caso de entrar aqui no problema da natureza dos valores e dos juízos a esses pertinentes: parece de fato que existe suficiente consenso no sentido de que também os juízos de valor podem ser justificados por meio de argumento racional. É exatamente isso que o juiz deve fazer, enunciando os critérios de valor que adotou (e eventualmente justificando a escolha desses critérios) e argumentando sobre as razões pelas quais esses critérios fundam a valoração que formulou no caso específico.

Expõe Taruffo (2015, p. 353-354), também, acerca das decisões em que há motivação *per relationem*:

> Em linhas gerais, há motivação *per relationem* quando sobre uma questão decidida o juiz não elabora uma justificação autônoma *ad hoc*, mas reenvia à justificação contida em outra decisão. A propósito, podem ser distinguidas duas hipóteses principais: a primeira, que a jurisprudência da *Cassazione* já se ocupou com certa frequência, verifica-se quando o juiz de segundo grau recepciona a justificação contida na sentença de primeiro grau diante dele impugnada; a segunda, que a jurisprudência parece não ter dedicado muito atenção, verifica-se toda vez que o juiz reenvia à justificação formulada em um juízo diverso ou genericamente à jurisprudência existente sobre a matéria. [...]
> Na verdade, a única hipótese que resulta claramente excluída é aquela da motivação por mero reenvio, isto é, em que o juiz se limita a afirmar que entende suficientes os argumentos formulados na sentença recorrida, sem nem mesmo referi-los.

Na mesma obra, explica o autor, no capítulo do dever de motivação, o problema desta quando implícita, esclarecendo seus elementos mínimos:

> Também sobre o tema da chamada motivação implícita a jurisprudência recorre constantemente ao emprego repetitivo de regras facilmente individualizáveis: e um grande número de decisões afirma-se, de fato, que o dever de motivação não implica dever do juiz de examinar analiticamente todas as deduções e as argumentações das partes, nem de tomar em consideração cada uma das fontes de prova, devendo-se entender motivada implicitamente a rejeição dos resultados probatórios incompatíveis com a decisão e com as razões expressas a partir das quais essa se funda. (TARRUFO, 2015, p. 359-360).

Extrai-se, então, que para Taruffo (2015, p. 361) é possível que, ainda que para fins de não acolhimento, algumas das teses apresentadas pelos litigantes não sejam abordadas.

Em seguida, mostra o autor que não chega a ser configurado um direito em relação à parte de obter um retorno do julgador sobre todas as alegações construídas:

> Inicialmente, ao afirmar que não existe conexão necessária entre atividade defensiva das partes e conteúdo do dever de motivação, a jurisprudência fala genericamente de "argumentos" das partes a fim de excluir que o juiz deva levá-los analiticamente em consideração.
> Pois bem, se certamente não existe um direito da parte de obter uma resposta explícita a *todo* argumento

> defensivo, não se pode entender que a parte não tenha *jamais* um direito dessa ordem – no mínimo, o problema deve ser visto à luz da relação entre garantia da motivação e garantia da defesa. (TARRUFO, 2015, p. 361).

Como se vê, os autores consideram válido o argumento de que o referido artigo possa ir de encontro à Constituição, uma vez que o STF admite as decisões *per relationem* e que a Carta Magna não prevê detalhadamente, como faz o NCPC, o modo de fundamentação. Entretanto, defende que o dispositivo da Lei nº 13.105/15 não quer "ensinar" como se fundamenta uma decisão judicial.

Theodoro Júnior, Nunes e Bahia, *et. al.* (2015), sob a mesma ótica, mencionam o posicionamento do STF de que o magistrado não está obrigado a responder a todas as alegações trazidas pelas partes nos autos, alegando que isso consiste em um erro e que agora tal equívoco foi sanado pelo NCPC:

> Em 2010, contudo, o mesmo Supremo Tribunal Federal, majoritariamente, a despeito do disposto no art. 93, IX, da Constituição de 1988 e do julgador anterior, desenvolveu – e vem reiteradamente reafirmando, como, por exemplo, o faz no AI791292 QO/PE – o entendimento de que o magistrado não está obrigado a responder todas as alegações trazidas pelas partes no processo, nem se pronunciar sobre todos os fundamentos trazidos por um provimento impugnado em sede de um juízo recursal. Ou seja, segundo o novo entendimento do Min. Gilmar Mendes, onde o texto constitucional faz referência a uma exigência de fundamentação deve-se ler apenas a necessidade de uma motivação [...]. [...]
> Essa premissa equivocada (Nunes, Dierle *apud* Júnior, Humberto Theodoro, 2015, p. 307) agora foi corrigida normativamente pelo Novo CPC, pois este leva a sério o atual quadro de litigiosidade massiva que impõe aos juízes e, especialmente, aos Tribunais (em decorrência da força que a jurisprudência vem obtendo na práxis jurídica), analisar desde a primeira vez as questões (com destaque para as repetitivas) com amplo debate e levando a sério todos os argumentos para que, tais decisões e suas *ratione decidendi*, possam ter a dimensão que necessitam. [...]
> Dessa forma, o § 1º, do art. 489 do Novo CPC é de importância paradigmática ao estabelecer que não se considera fundamentada decisão judicial que não enfrenta argumento deduzido no processo apto a infirmar a referida decisão, isto é, que apenas indica, reproduz ou faz paráfrase de texto de ato normativo (inciso II) e/ou de súmula (inciso V), sem cotejá-lo com o caso que se está julgando. [...]

> O disposto no inciso IV é de fundamental importância para que se acabe com entendimento da jurisprudência que entende que o juiz "não é obrigado" a enfrentar os argumentos deduzidos pelo advogado, bastando que decida conforme seu "livre convencimento motivado", assinalando por vezes que não teriam de responder a "questionários" ou a "quesitos" formulados pela parte em embargos de declaração.

Desfechando em relação à importância do dever de fundamentação, aduz o escritor que, de qualquer sorte, resta clara a necessidade do magistrado de explicar o raciocínio utilizado para optar por determinada decisão, mesmo que tenha deixado implícito algum argumento da parte.

É de grande valia, além de obrigatória, justamente, a fundamentação das decisões judiciais, para que seja de conhecimento de todos os motivos que levaram o togado a solucionar a questão desta ou daquela forma.

Insta registrar que, embora necessária pelos motivos já aqui demonstrados, existem várias formas de abordagem da motivação, de modo que ela perfeitamente pode cumprir a sua função, que é a de exibir o embasamento adotado pelo julgador, sem obrigatoriamente vincular-se a todas as premissas trazidas ao processo. É esse ponto que os tópicos seguintes apresentam.

3 Desafios do dever de motivação à luz do NCPC

3.1 Análise do artigo 489, §1º, IV

A Lei nº 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil – entrou em vigor em março do corrente ano, trazendo consigo várias alterações e inovações processuais.

Uma dessas mudanças é o artigo 489, que recepcionou o art. 458 do CPC/73 e acrescentou outras determinações.

Logo se vê que a inovação legal se encontra nos §§1º, 2º e 3º. Registre-se que o 1º contém seis incisos que preveem a forma pela qual uma decisão deve ser fundamentada. Note-se que o legislador, ao redigir o referido dispositivo, optou pela via negativa para estabelecer como a decisão deve ser motivada.

Ocorre que, embora já previsto o dever de fundamentação das decisões judiciais na Constituição Federal, no art. 93, inciso IX, a ideia exposta no §1º é exagerada, vez que até a entrada em vigor do NCPC o juiz motivava satisfatoriamente, de modo que apontava as razões pelas quais deslindou o caso daquela forma sem seguir nenhum desses requisitos ora estabelecidos.

No entanto, o inciso IV é o que mais chama a atenção pela sua inoportunidade, levando-se em consideração que vai de encontro ao princípio do livre convencimento do magistrado, ao determinar a forma como este deve fundamentar suas decisões, e, também, ao princípio da duração razoável do processo, o qual visa a assegurar os meios que garantem a celeridade de sua tramitação, posto que o togado levará muito mais tempo para elaborar suas decisões ao ter que enfrentar todos os argumentos aduzidos pelas partes.

Sobre as considerações expostas, a doutrina Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil: Artigo por artigo, assim elucida:

> De especial interesse é o art. 489, §1º, IV, em que se estabelece a regra no sentido de se considerar como não motivada a decisão, se não forem enfrentados todos os argumentos deduzidos no processo – e esta expressão abrange argumentos de fato e de direito que teriam o condão de levar o magistrado a decidir de outras formas. Estes argumentos se não acolhidos, têm de ser afastados.
> Este dispositivo integra os contornos da noção contemporânea do *princípio do contraditório.* O contraditório não se resume à atividade das partes, no sentido de terem a *oportunidade* de afirmar e *demonstrar* o direito que alegam ter. O contraditório só tem sentido se se supõe a existência de um observador neutro, no sentido de imparcial que *assista* ao diálogo entre as partes (alegações + provas) para, depois, decidir. O momento adequado para o juiz demonstrar que participou do contraditório é a fundamentação da decisão. As partes têm de ter sido ouvidas, apesar de suas alegações poderem, é claro, não ser acolhidas. Até porque o juiz pode decidir com base em fundamentos não mencionados por nenhuma das partes (*iura novit curia*). Mas não sem antes dar às partes oportunidade de se manifestar. (WAMBIER; RIBEIRO; CONCEIÇÃO, *et al,.* 2015, p. 795).

Como exposto pelo Presidente da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, Juiz do Trabalho Paulo Luiz Schmidt:

> Não bastasse, onde regulamenta impropriamente, o Congresso Nacional regulamentou de modo írrito, violando outras tantas cláusulas constitucionais. Cite-se como exemplo o inciso IV do parágrafo 1º do artigo 486 (“não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”), que enuncia uma utopia totalitária. Esperara que o juiz – em tempos de

> peticionamento eletrônico e dos impressionantes "ctrl C" e "ctrl V" – refute um a um todos os argumentos da petição inicial, da contestação e das várias peças recursais, ainda quando sejam argumentos de caráter sucessivo ou mesmo contraditórios entre si (porque será possível tê-los, p. ex., no âmbito das respostas processuais, avista do princípio da eventualidade da defesa) , tendo o juiz caminhado por uma linha lógica de decisão que obviamente exclui os outros argumentos, é exigir do agente público sobretrabalho inútil e violar obliquamente o princípio da duração razoável do processo. (ANAMATRA, 2015, digital).

A seguir, também na mesma linha de raciocínio, uma notícia tratada por Sérgio Rodas sobre uma discussão ocorrida no 3º Congresso da Magistratura Laboral, na sede do TRT da 2ª Região, entre o professor e advogado Lênio Luiz Streck e o juiz trabalhista Xerxes Gusmão:

> Ao comentar o artigo 489 do novo CPC, Gusmão sustentou ser irreal a exigência de analisar todas as alegações apresentadas pelas partes. Para o juiz, se a regra for aplicada literalmente, a Justiça irá parar, uma vez que, em muitos casos, os autores e réus elencam mais de 50 argumentos. [...]. Na opinião dele, se o magistrado se basear nas principais alegações, nas provas mais relevantes e no direito aplicado ao caso concreto, a decisão estará suficientemente fundamentada. (RODAS, 2015, digital).

Aqui fica claro que a opinião do juiz Xerxes Gusmão é de que tal dispositivo legal é inviável, tendo em vista que, em não raras vezes, as partes aduzem múltiplos argumentos.

Diante, então, do caos que o artigo irá ocasionar, o juiz Jorge Alberto Araujo parece apresentar uma solução preliminar para que a fundamentação tratada no dispositivo possa ser seguida sem gerar voluptuosos problemas:

> Se juízes passam, a partir da vigência do NCPC e do seu art. 489, a ter que fundamentar minuciosamente as sentenças, apreciando cada um dos fundamentos apresentados pelas partes, a isso corresponde o dever dos advogados de apresentar e demonstrar, igualmente de forma fundamentada, a pertinência de cada um dos fundamentos apresentados àquele caso. Sob pena de, em se tratando da inicial, inépcia, em se tratando de defesa, ser considerada inexistente, com as consequências jurídicas daí decorrentes. (ARAÚJO, 2015, digital).

Trazendo uma nova visão do art. 489, §1º, IV, a obra de análises do art. 489 apresenta uma interpretação divergente da até atribuída à expressão "argumento":

> O grande problema do inciso IV, é que ele está em desacordo com a sistemática do próprio artigo 489; em verdade, ele, se interpretado em sua literalidade, representa uma contradição interna da norma.
> O debate a ser travado é no sentido de que ao contrário do que se possa compreender de uma leitura apressada do inciso IV, do §1º do Art. 489 do NCPC, não está o juiz obrigado a analisar todos os "argumentos" trazidos pelas partes, mas sim, mantém-se o entendimento vigente de que a decisão deve enfrentar todas as *"questões"* que as partes submeterem ao Poder Judiciário.
> A fundamentação se dá por meio da análise dos fatos, das questões processuais trazidas pelas partes, não de seus argumentos; a leitura literal do dispositivo em comento acaba transformando a decisão em verdadeiro questionário, quando é indiscutível que os argumentos não vinculam o julgamento.
> Pois bem. Argumentos são simplesmente razões para justificar ou refutar uma afirmação; os argumentos, por si só, não possuem densidade jurídica a exigir o pronunciamento judicial; não se pode se deixar seduzir pelo sofisma de que "vence" o processo quem detém o melhor argumento, pois o direito é entregue pelo Judiciário aquele que é o seu efetivo titular, independente da sua linha de argumentação. [...]
> Argumentos são figuras retóricas e não figuras do processo, não são nunca foram, e nem podem ser, objeto da decisão judicial. (CUNHA, 2015, p. 297-298).

Aqui, surge uma solução para o problema do conteúdo tratado no inciso IV: Devem os argumentos ser vistos à luz do termo "questões", isto é, do conteúdo jurídico que deverá ser explanado pelos demandantes, conforme a obrigação de cooperação do art. 6º, sem que haja a necessidade, então, do juiz ter de rebater todas as reflexões constantes na petição, e sim tratar em sua decisão a fundamentação jurídica aplicada ao caso.

O autor, ainda, alega que o togado está adstrito apenas a responder às questões de fato e de direito que sejam compatíveis com a decisão.

O doutrinador conclui que o fato do julgador ter que abordar as questões trazidas pelas partes não faz com que tenha que rebater todos os argumentos por elas apresentados, resultando a decisão em um "questionário", pelo contrário, afirma que apenas aqueles atinentes ao caso concreto devem ser apreciados.

Ademais, o autor encadeia sua interpretação do inciso IV com o dever de cooperação e conclui que, dessa forma, será possível aplicar tal dispositivo legal sem obstar a celeridade processual.

Nesta senda, o Superior Tribunal de Justiça – STJ –, sob a vigência do novo CPC, posicionou-se em sede de embargos de declaração:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. 1. Os embargos declaratórios poderão ser opostos com a finalidade de eliminar da decisão qualquer obscuridade, contradição ou suprir omissão sobre ponto acerca do qual se impunha pronunciamento, o que não é o caso dos autos. 2. Trata-se de embargos com caráter eminentemente infringente, visto que pretendem os embargantes, claramente, a rediscussão da matéria que foi amplamente debatida e devidamente decidida pela Terceira Turma desta Corte. 3. Não cabe a este Superior Tribunal, que não é órgão de consulta, responder a "questionários", tendo em vista que os aclaratórios não apontam de concreto nenhuma obscuridade, omissão ou contradição no acórdão, mas buscam, isto sim, esclarecimentos sobre situação que os embargantes consideram injusta em razão do julgado. 4. Embargos de declaração rejeitados. (STJ, EDcl no AgRg no AREsp 468.212/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2015, DJe 26/03/2015). (BRASIL, 2015, digital).

Isso posto, subsiste aclarada uma possível solução para a aplicação do artigo 489, §1º, IV, da Lei nº 13.105/15, sendo esta dada por um novo ponto de vista em relação ao que o legislador redigiu, de forma a respeitar os princípios constitucionais aplicáveis ao caso.

3.2 Desafios para a sua aplicação no atual sistema judiciário

De acordo com o relatório Justiça em Números 2015, ano-base 2014, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) – construído a partir dos dados fornecidos por 90 tribunais, divididos em Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, além dos Tribunais Superiores (exceto Supremo Tribunal Federal) –, os resultados em relação ao número de magistrados, bem como o de processos no Poder Judiciário são os seguintes:

> Em 2014, o Poder Judiciário contou com a atuação de 16.927 magistrados, dos quais 11.631 (68,7%) atuavam na Justiça Estadual (Gráfico 3.7). Ao final do ano, eram 17.558 cargos de magistrados providos e 631 magistrados afastados da jurisdição, sendo que tais afastamentos podem ser em razão de licenças, convocações para instância superior, entre outras. Cumpre informar que existem, criados por lei, 22.451 cargos de magistrados no Poder Judiciário, estando vagos, ao final de 2014, 21,8% desses cargos (Gráfico 3.10). O número de magistrados no Poder Judiciário tem aumentado desde o ano de 2009, com exceção da redução ocorrida em 2012, resultando em um crescimento de 5,2% em todo o período.
> Do total de magistrados (16.927), são 77 ministros de Tribunais Superiores (0,45%), 2.190 desembargadores (12,9%), 142 juízes substitutos de 2º grau (0,8%) e 14.518 juízes de primeiro grau (85,8%). É interessante ainda constatar que os cargos vagos são basicamente de juízes de primeiro grau, pois, ao passo que no segundo grau existem 72 cargos de desembargadores criados por lei e não providos (3%), no primeiro grau tem-se 4.821 (24%). (BRASIL, 2015, digital).

Gráfico do Conselho Nacional de Justiça sobre o total de Magistrados por 100.000 habitantes por Justiça.

Gráfico 1: Total de magistrados por 100.000 habitantes por Justiça

(*) Justiça Militar Estadual não disposta, pois o indicador relaciona o número de magistrados com o número de militares

Fonte: CNJ, 2015.

Com este gráfico, observa-se a quantidade aproximada de magistrados no Brasil para cada 100.000 habitantes por Justiça, podendo-se perceber que o número daqueles é ínfimo se comparado a esses.

> Em 2014, o Poder Judiciário iniciou com um estoque de 70,8 milhões de processos, que tende a aumentar devido ao total de processos baixados ter sido inferior ao de ingressados (Índice de Atendimento à Demanda - IAD de 98,7%). Estima-se, portanto, que ao final de 2014 o estoque cresça em meio ponto

percentual, ultrapassando, assim, 71,2 milhões de processos pendentes. Apesar deste cenário, desfavorável, houve aumento de 1,4% no total de processos baixados e que representa cerca de 28,5 milhões de processos em 2014. Já o número de casos novos aumentou em 1,1%, atingindo quase 28,9 milhões de processos ingressados durante o ano de 2014 (Gráfico 3.14). Como consequência do aumento do quantitativo de casos novos e de pendentes, a Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário foi de 71,4% no ano de 2014, com aumento de 0,8 pontos percentuais em relação ao ano anterior.

O Gráfico 3.14 apresenta a série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário e permite visualizar o aumento do acervo processual no período, visto que os casos pendentes (70,8 milhões) crescem continuamente desde 2009 e, atualmente, equivalem a quase 2,5 vezes do número de casos novos (28,9 milhões) e dos processos baixados (28,5 milhões). Dessa forma, mesmo que o Poder Judiciário fosse paralisado sem ingresso de novas demandas, com a atual produtividade de magistrados e servidores, seriam necessários quase 2 anos e meio de trabalho para zerar o estoque. Como historicamente o IAD não supera 100%, ou seja, a entrada de processos é superior à saída, a tendência é de crescimento do acervo. Além disso, apesar do aumento de 12,5% no total de processos baixados no período 2009-2014, os casos novos cresceram em 17,2%, fato que contribuiu para o acúmulo do estoque de processos.

A Justiça Estadual detém 70% dos casos novos e quase 81% do total de casos pendentes do Poder Judiciário (Gráficos 3.16 e 3.17). A partir desse resultado, verifica-se que os processos deste ramo de justiça tendem a permanecer mais tempo no estoque do que nos demais. Por outro lado, a Justiça do Trabalho se destaca por apresentar quase 14% dos casos novos e apenas 6,2% dos pendentes. Porém, considere-se que tal cenário é favorecido por este ramo de justiça não apresentar processos criminais e pelas execuções fiscais não representarem quantitativo significativo como ocorre nas Justiças Estadual e Federal. Tais resultados são refletidos no Gráfico 3.19, onde esses ramos de justiça apresentam as maiores taxas de congestionamento, com indicadores iguais ou superiores a 70%. Por outro lado, ao analisar apenas os processos de conhecimento de Varas e juizados especiais, tem-se que as taxas de congestionamento das Justiças Estadual e Federal caem, respectivamente, para 66% e 56%, enquanto que a taxa de congestionamento do Poder Judiciário na fase de execução é de quase 86%. Assim, verifica-se que o maior gargalo da litigiosidade do Poder Judiciário está na fase de execução, que abrange 51% do acervo. Enquanto estes

> processos permanecerem pendentes, o jurisdicionado não terá sua demanda atendida pela Justiça. Em face da relevância dessa fase processual, esse assunto será tratado mais adiante em seção específica. (BRASIL, 2015, digital).

Verifica-se, assim, com fulcro nos dados anteriormente relatados, que atualmente há uma demanda processual e quotas por magistrado elevadas no Judiciário brasileiro, o que culmina na demora do julgamento dos processos. Dentre as causas que geram essa situação, residem a ineficiência dos mecanismos de controle da Administração Pública e a imaturidade da tutela coletiva.

Entretanto, a Constituição Federal/1988 prevê em seu artigo 93, inciso IX, que todas as decisões judiciais serão fundamentadas.

O Código de Processo Civil/1973 previa, em seu artigo 458, agora recepcionado pelo art. 489 do NCPC, os requisitos da sentença, estabelecendo como um deles a fundamentação, sem especificar o modo como esta deve ser construída pelo julgador. No mesmo seguimento, o artigo 165 dispunha que as sentenças e os acórdãos seriam proferidos com observância do disposto no art. 458, sendo as demais decisões fundamentadas, ainda que de modo conciso.

Diante dos dispositivos referidos, extrai-se que não havia previsão legal em relação à maneira como deveriam ser feitas as fundamentações judiciais, ficando a critério dos magistrados decidirem, presunção esta que observava o princípio do livre convencimento (art. 131, CPC/73).

Porém, o Novo Código de Processo Civil estipula nos incisos do parágrafo 1º do artigo 489 as formas de fundamentação que não serão consideradas válidas, impondo, portanto, critérios a serem seguidos para que as decisões sejam admitidas.

Ocorre que tais critérios ferem o princípio do livre convencimento do magistrado, ao determinar parâmetros para a fundamentação. No entanto, além disso, o conteúdo dos incisos é absolutamente ideal, visto a realidade do Judiciário brasileiro demonstrada. Senão, vejamos:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
> § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015, digital), (grifo nosso).

Diante de tais incisos e com uma interpretação literal, pode-se afirmar que é de total discrepância sua inserção no NCPC, por várias razões, as quais serão elencadas a seguir.

A começar pelo seu teor que determina que todos os argumentos alegados pelo procurador sejam enfrentados. Ora, com a realidade do Judiciário demonstrada, como pôr em prática tal dispositivo? Há um elevado número de processos nos tribunais, bem como um elevado número de servidores, mas, mesmo assim, se os magistrados, conjuntamente com sua equipe, tiverem que trazer um argumento para cada tese construída pelos advogados, simplesmente o Judiciário demorará muito mais tempo para emitir as decisões, o que não colaborará nem um pouco para a celeridade do processo. Ou seja, esse artigo trará atraso aos processos do Judiciário brasileiro.

De um lado, observamos um Judiciário abarrotado de processos, os quais são julgados por magistrados que contam com suas equipes de servidores. De outro, visualiza-se um dispositivo que determina que cada argumento seja enfrentado. Claro que se houvesse estrutura para isso, poder-se-ia cumprir tal norma, no entanto, essa não é a realidade do Judiciário brasileiro. O NCPC trouxe um artigo revolucionário e esqueceu-se das condições que possuía. Pode-se fundamentar muito bem as decisões sem ter que rebater tudo o que foi alegado pelos procuradores. E como? Bas-

ta que o magistrado decida de forma concisa, ou seja, que ataque o mérito da decisão, expressando seu posicionamento, seja ele reiterado ou não, sem precisar enfrentar algum argumento que não contém em tal entendimento. Por exemplo, em uma decisão que o advogado alegue três argumentos sobre determinado assunto; se o magistrado já possui um entendimento formado sobre tal matéria, ele simplesmente emite a decisão que explique seu ponto de vista, independentemente se há ou não nessa decisão o enfrentamento dos três argumentos utilizados pelo dativo.

O juiz não precisa ficar explicando reiteradamente os motivos pelos quais não levou em consideração o argumento, basta que ele exponha seu entendimento e o fundamente, de modo a resolver a matéria.

Assim, resulta clara a inadequação dessa compreensão ao inciso IV, devendo, então, como demonstrado no item 2.1, tal dispositivo ser interpretado de forma diversa, sendo o "argumento" apreciado como as questões que as partes submetem ao Poder Judiciário, ou seja, deverá o julgador enfrentar toda a fundamentação alegada pelos demandantes, que devem assim fazer, vez que possuem o dever de cooperação, previsto no art. 6º do NCPC.

Com essa leitura, resta viável a aplicação do art. 489, §1º, IV, considerando, portanto, que terá o juiz o dever de tratar da base legal, mencionada pelas partes, e não o de rebater todas as teses criadas pelos litigantes.

Essa ótica, sem dúvidas, é a mais adequada à realidade do Poder Judiciário brasileiro, visto que o magistrado não despenderá de elevado prazo para motivar suas decisões, pois não será obrigado a refutar todas as linhas de raciocínio utilizadas pelas partes.

Cabe apresentar, ainda, dois enunciados: o de nº 162 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais – FONAJE – que prevê a não aplicação do art. 489 aos Juizados Especiais: "Não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/2015 diante da expressa previsão contida no art. 38, *caput*, da Lei 9.099/95 (XXXVIII Encontro – Belo Horizonte-MG)". (BRASIL, 2016, digital).

E o de nº 12 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM: "Não ofende a norma extraível do inciso IV do § 1º do art. 489 do CPC/2015 a decisão que deixar de apreciar questões cujo exame tenha ficado prejudicado em razão da análise anterior de questão subordinante". (BRASIL, 2016, digital).

Ficou, então, determinado que em alguns casos tal dispositivo não será aplicado. Ou seja, embora possa ser dada uma nova

apreciação ao conteúdo do art. 489, § 1º, IV, do NCPC, de forma que possa ser aplicado sem causar prejuízos, há determinações para que este comando legal não seja utilizado.

Conclusão

Conclui-se que, para tais preceitos poderem ser seguidos, deveria haver maior número de julgadores, considerando que, para o cumprimento de tais especificações, principalmente a do inciso IV, haverá um dispêndio de tempo por parte dos magistrados superior do que há hoje em dia.

Então, o que se verificará será uma sobrecarga de processos no Judiciário, haja vista que demorarão mais a serem julgados, indo de encontro à celeridade processual, tão aclamada pelo NCPC, e acarretando na postergação de suas baixas, enquanto a entrada de demandas continuará vigorando.

Destarte, identifica-se a inviabilidade desse inciso em sua forma literal.

O que se admite, no entanto, é uma nova interpretação do art. 489, § 1º, IV, do NCPC, de modo que poderia ser perfeitamente aplicado, sem maiores danos, a alguns dos princípios constitucionais. E como? Ora, basta que seja combinado com o art. 6º da mesma legislação, o qual prevê o dever de cooperação das partes, e que o termo "argumento" seja visto sob a ótica das questões de fato e de direito trazidas pelos demandantes.

Assim, os processos seriam julgados com a devida motivação, respeitando o aludido inciso e não atravancando o Judiciário atual, uma vez que os magistrados não dissipariam tempo afastando premissas aduzidas pelos confrontantes.

Referências

ANAMATRA. **Presidente da Anamatra reage a críticas sobre vetos propostos ao Novo**

Código de Processo Civil. Notícia publicada em: 9 de março de 2015. Disponível em: <http://www.ana matra.org.br/index.php/noticias/anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil?...>. Acesso em: 16 maio 2016.

ARAUJO, Jorge Alberto. **A fundamentação das decisões no Novo CPC**. Disponível em: <http://direi-toetrabalho.com/2015/05/a-funda-mentacao-das-decisoes-no-novo-cpc/>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2015**: ano-base 2014/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.

br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Acesso em: 1 nov. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.pla-nalto.gov.br/ccivil_03/constitui-cao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2015.

BRASIL. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Brasília: Senado, 2008.

BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 10 de maio de 2016.

BRASIL. Fórum Nacional de Juizados Especiais – Fonaje. **Enunciados Cíveis**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>. Acesso em: 27 maio 2016.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. **Enunciados.** Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/ 2015/09/enunciados-vers%c3%83o-definitiva-.pdf>. Acesso em: 27 maio 2016.

CUNHA, Rogério de Vidal. O dever de fundamentação no novo CPC: análises em torno do artigo 489 §1º, IV do NCPC. *In*: VASCONCELLOS, Fernando Andreoni; ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto (Orgs.). **O dever de fundamentação no novo CPC**: análises em torno do artigo 489. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle *et. al.* **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. atualizada com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Lições de direitos fundamentais no processo civil**: o conteúdo processual da Constituição Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RODAS, Sérgio. **Fundamentação de decisões no novo CPC gera confronto entre advogado e juiz** (2015). Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-26/fundamentacao-decisoes-gera-confronto-entre-advogado-juiz>. Acesso em: 12 nov. 2015.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THEODORO JR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco *et al.*. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins *et. al.* **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Precedente judicial do STF em repercussão geral no RE 958.252 e suas consequências junto à Justiça do Trabalho no tocante à legalidade na contratação da prestação de serviço por empresa tomadora de serviço

Rafael Gonçalves de Sena Conceição
Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Pós-Graduado em Ordem Jurídica e Ministério Público do DF
Pós-Graduado em Processo Civil – Precedentes Judiciais e Processo Civil Brasileiro

RESUMO

Conforme será demonstrado pelos fatos e fundamentos jurídicos a seguir expostos, os precedentes judiciais da Cúpula do Poder Judiciário, ainda, encontram resistência em sua aplicação pelos juízos *a quo* trabalhistas com a falsa premissa da violação ao princípio da imparcialidade e independência da magistratura. Traremos, de forma exemplificativa, casos concretos em que juízos trabalhistas se negam a aplicar os precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), contrariando toda a sistemática da normatividade dos Precedentes Judiciais, que têm como pilar o princípio da segurança jurídica.

Palavras-chave: Princípio da segurança jurídica. Terceirização da atividade-fim ou meio. Precedentes do STF e TST. Desrespeitos aos precedentes das decisões das cortes superiores.

ABSTRACT

As will be shown by the following facts and legal grounds, the judicial precedents of the Summit of the Judiciary also find resistance in their application by the judges to labor as a false premise of violation of the principle of impartiality and independence of the judiciary. We will bring, as an example, concrete cases in which labor judgments refuse to apply the precedents of the Supreme Court and Supreme Court, contrary to the whole system of normativity of Judicial Precedents whose pillar is the principle of legal certainty.

Keywords: Illegal Outsourcing. STF RE 958.253 - General Repercussion Practical. Applicabiliy in work justice. Jurisprudential precedentes.

Introdução

A temática da repercussão geral tem sua gênese na *common low,* no direito anglo saxão, em especial na Inglaterra, de onde veio a firmar sua base teórica para o seu desenvolvimento. Em resumo, o direito inglês, historicamente, se debruçou sobre situações fáticas que contribuíram para o atual sistema de precedentes, a *common law,* que seria, enfim, um sistema de direito eminentemente jurisprudencial, em que suas regras são retiradas da *ratio decendi* dos pronunciamentos dos Tribunais Superiores.

Neste prisma, o sistema brasileiro veio a ser influenciado genuinamente pelo sistema da *civil law*, com características do direito romano germânico, em que a lei é fonte primária no trato das relações jurídicas, relegando para a doutrina, os costumes e a jurisprudência papel secundário para a resolução dos conflitos. Portanto, pela estrutura normativa brasileira, ao juiz caberia, somente, interpretar a lei, aplicando-a ao caso concreto, se socorrendo das fontes secundárias em caso de uma omissão legislativa.

No entanto, o sistema de precedentes da *common law*, gradativamente, veio obtendo prestígio junto ao sistema jurídico brasileiro, o qual se depara com a ineficiência do Poder Legislativo para legislar sobre assuntos importantes e polêmicos. De outro lado, o ativismo judicial do Poder Judiciário está mais arraigado e ávido em se tornar o principal ator na regulação das relações sociais. Eis o cerne da questão: o Poder Judiciário poderia inovar no sistema *civil law* por meio de precedentes vinculantes?

Diante de tal quadro histórico, o novo CPC, em seu art. 927, veio a chancelar a ideia de precedentes vinculantes, ou seja, as decisões emitidas pelos Tribunais Superiores têm eficácia vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário. Desde logo, de maneira introdutória, mas importante, cabe enfatizar que o efeito do precedente decorre de sua *ratio decidendi*, das razões de decidir que se extrai a regra de direito que deve ser generalizada, aplicando-se aos demais casos semelhantes.

Ainda, de forma introdutória, com vistas a delimitar o objeto da problemática ora apresentada, nos deparamos com a sistemática do RE 958.252 que, em repercussão geral, em suas ra-

zões de decidir, preceitua que a terceirização pela tomadora de serviço por empresa interposta, independentemente de ser atividade-meio ou fim, e do seu objetivo institucional, é lícita, não havendo falar em ilegalidade, estando superadas, por assim dizer, as diretrizes estabelecidas na Súmula 331, I e II, do TST.

Corroborando o objeto do presente trabalho, colaciono a seguir notícia do STF que informa o entendimento firmado no sentido de que toda atividade exercida pela prestadora de serviço à tomadora de serviço, independentemente de ser atividade-meio ou fim, é lícita.

Notícia retirada do site oficial do STF:

> Notícias STF
> Quinta-feira, 30 de agosto de 2018
> STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quinta-feira (30) que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, sete ministros votaram a favor da terceirização de atividade-fim e quatro contra. A tese de repercussão geral aprovada no RE foi a seguinte: "É licita 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".
> Na sessão desta quinta-feira votaram o ministro Celso de Mello e a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia. Para o decano, os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos pontualmente, "sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial".
> O ministro Celso de Mello apontou que o movimento na Justiça Trabalhista, sobretudo com a proliferação de demandas coletivas para discutir a legalidade da terceirização, implica redução das condições de competitividade das empresas. "O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta e, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando prejuízo para sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados", ponderou.

> O decano citou ainda dados estatísticos que comprovam o aumento de vagas no mercado formal em decorrência do aumento da terceirização em empresas dos mais diversos segmentos econômicos. "O impedimento absoluto da terceirização trará prejuízos ao trabalhador, pois certamente implicará a redução dos postos de trabalho formal criados em decorrência da ampliação da terceirização nos últimos anos", destacou.
> Ministra Cármen Lúcia
> A presidente do Supremo destacou que a terceirização não é a causa da precarização do trabalho nem viola por si só a dignidade do trabalho. "Se isso acontecer, há o Poder Judiciário para impedir os abusos. Se não permitir a terceirização garantisse por si só o pleno emprego, não teríamos o quadro brasileiro que temos nos últimos anos, com esse número de desempregados", salientou.
> Para a ministra Cármen Lúcia, a garantia dos postos de trabalho não está em jogo, mas sim uma nova forma de pensar em como resolver a situação de ter mais postos de trabalho com maior especialização, garantindo a igualdade entre aqueles que prestam o serviço sendo contratados diretamente e os contratados de forma terceirizada. "Com a proibição da terceirização, as empresas poderiam deixar de criar postos de trabalho", afirmou.
> Em sessões anteriores, os ministros Luís Roberto Barroso (relator da ADPF), Luiz Fux (relator do RE), Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Gilmar Mendes já haviam votado nesse sentido, julgando procedente a ADPF e dando provimento ao RE. Divergiram desse entendimento os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio."
> (fonte: Sítio oficial do STF, URL: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429;consulta em 05/09/2018 às 11:40 horas).

Diante de tal situação fática, é imprescindível que nos debrucemos sobre a presente problemática e a sua repercussão no âmbito da Justiça do Trabalho, pois não há falar mais em ilicitude da terceirização. Portanto, não podendo o fundamento jurídico da terceirização ilícita ser sucedâneo válido para suposta fraude perpetrada entre a tomadora de serviço e a prestadora de serviço diante das normas protetivas trabalhistas, bem como da condenação subsidiária das empresas tomadoras de serviço por inadimplência trabalhista das empresas prestadoras de serviço.

Aliás, o art. 927, I e III, do CPC/15, impõe respeito às decisões do Supremo Tribunal Federal em casos de controle concentrado de constitucionalidade e de repercussão geral, mercê do julgamento em 30/08/2018 da ADPF 324 (situação envolvendo

controle concentrado de constitucionalidade) e do RE 958252 (recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida).

Veja que o presente artigo não está trazendo argumentos favoráveis ou contrários aos precedentes, mas sintetizando as razões históricas do seu surgimento e suas consequências práticas e objetivas que visualizamos na jurisprudência trabalhista quando tratamos sobre o tema da terceirização no âmbito da contratação de prestação de serviço junto aos órgãos públicos da Administração Direta e Indireta do Estado. Vejamos agora sua repercussão prática.

1 Terceirização trabalhista - julgamento do RE 958.253 do STF em repercussão geral

Primeiramente, antes de apresentarmos a repercussão do precedente do STF no RE 958.253 sobre a antiga jurisprudência do TST, consubstanciado na Súmula 331/TST, é importante traçarmos panoramas gerais sobre a motivação da edição da Súmula trabalhista em referência. Segundo a doutrina, podemos conceituar terceirização como o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação justrabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno, insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a ele os laços justrabalhistas, os quais se preservam fixados com uma entidade interveniente (DELGADO, 2018, p. 534).

Tal relação jurídica vai de encontro ao modelo clássico existente anteriormente, relação de trabalho entre o empregado e o empregador, arts. 3º e 2º da CLT, respectivamente, pois, pelo sistema da terceirização trabalhista, temos um modelo trilateral, empresa tomadora do serviço, obreiro e a entidade interveniente, sendo que a relação de emprego, conforme os ditames estabelecidos pela legislação trabalhista, só se formaria entre os dois últimos atores antes mencionados. A doutrina, em sua grande maioria, se debruçando sobre o tema, não se simpatizava muito com esta nova relação jurídica apresentada, pois entendia que seria uma forma de burla aos princípios e objetivos fundamentais elencadas na Constituição Federal de 1988.

Poderíamos, neste momento, trazer um panorama histórico da terceirização no âmbito da legislação brasileira; entretanto, o presente trabalho não nos permite tal abordagem, mas, de modo resumido, cabe ressaltar que o ato de terceirizar a mão de obra por empresa interposta foi pensado para situações eventuais e emergências (Lei 6.019/74 – Lei do Trabalho Temporário) e para atender aos trabalhadores ligados à segurança bancária (Lei 7.102/83 – Lei

dos Vigilantes). Depois, novas demandas sociais foram surgindo, exigindo uma nova visão do TST sobre o ato de terceirizar.

Percebeu-se que a terceirização, antes regulamentada pelas leis supracitadas, não atendia à expectativa do mercado econômico, ou seja, a terceirização se estendeu para outros setores produtivos, vindo o TST a editar a Súmula 331 como forma de proteger a classe operária de supostas fraudes perpetradas pelos detentores do Poder Econômico[1].

Diante de tal situação fática, a Súmula 331 do TST veio a ser sedimentada, principalmente, para coibir fraudes à CLT, ensejando vínculo com o tomador de serviço, tendo como aspecto a distinção entre terceirização lícita e ilícita. Entende-se por terceirização lícita aquela que está autorizada em lei ou não viola regras e princípios de direito. Ilícita é a terceirização que é feita ao arrepio da lei, que viola os requisitos estabelecidos em lei ou regras de direito (CASSAR, 2017, p. 475).

A terceirização foi pensada, primeiramente, para realização de atividades de apoio, instrumentais e meramente de execução[2], ou seja, atividade-meio que não se amoldava na atividade-fim da empresa, sob pena de caracterizar violação aos arts. 2º

---

1 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 n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.)

2 Decreto-Lei n.º 200/67, Lei n.º 5.645/70, Lei n.º 6.019/74, Lei n.º 7.102/83 e art. 442 da CLT.

e 3º da CLT. Desta feita, o trabalhador da empresa prestadora de serviço que viesse a desempenhar atividade-fim da empresa tomadora de serviço teria, na verdade, relação jurídica de emprego com esta última, pois a jurisprudência do TST entendia que a empregadora interposta estaria burlando os direitos dos seus empregados, concedendo menos benefícios em comparação aos empregados da empresa tomadora de serviço.

A jurisprudência trabalhista sempre foi resistente a mudanças legislativas que permitiam a terceirização da atividade-fim pelas empresas tomadoras de serviço. Caso emblemático decorreu do julgamento da SDI ED-E-RR 586341-05.1999.5.18.555, em que se reafirmou a Súmula 331 do TST, fazendo uma interpretação, por não dizer *contra legem,* do art. 25, §1º da Lei 8.987/95 e art. 94, inciso II, da Lei n.º 9.472/97[3], pois tais leis permitiam a terceirização da atividade-fim das empresas de energia elétrica do Governo Federal. Em resumo, o fenômeno da terceirização sempre foi acompanhado de receios pelos aplicadores do direito justrabalhistas, pois provocava manifesta precarização da relação de trabalho, servindo como subterfúgio a diversas fraudes e retrocesso cultural aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos nos arts. 6º e 7º da Constituição Federal de 1988.

Perceba que a terceirização no direito do trabalho sempre foi acompanhada por lacunas legislativas que vieram a ser preenchidas pela Súmula 331 do TST, tendo a terceirização como exceção e os ditames da CLT como regra. Ora, cabe aqui enfatizar que a função precípua de qualquer súmula formulada pelos Tribunais Superiores é servir de orientação jurisprudencial aos órgãos do próprio Tribunal que a expediu e para os demais julgadores vinculados ao referido Tribunal.

Poderíamos conceituar a Súmula como enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é reiteração de um precedente. Há, pois, uma evolução: precedentes – jurisprudência – súmula. São noções distintas, embora umbilicalmente ligadas (OLIVEIRA, 2015, p.487). Nesta seara, agora oportunamente, adentramos o embate que se trava entre as diretrizes estabelecidas pela Súmula

[3] Art. 25. § 1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.
Art. 94. II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

331 do TST e o precedente exarado em repercussão geral pelo STF no RE 958.252.

Antes, porém, é importante enfatizar que a *ratio decidendi* do precedente é que gera a vinculação obrigatória. Precedente é qualquer julgamento que venha a ser utilizado como fundamento de um outro julgamento que venha a ser posteriormente proferido (NEVES, 2016, p. 1297). Desta maneira, um precedente pode se apresentar por meio de diversas roupagens, seja por meio de decisões do STF em controle de constitucionalidade, enunciados de súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional, em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos e outras situações previstas no art. 927 do CPC.

É importante destacar que o objeto deste trabalho atentará mais ao precedente vinculante oriundo do recurso extraordinário em repercussão geral - RE 958.252. Sabe-se que o precedente sistematizado pelo novo CPC veio normatizar o desejo da doutrina e da jurisprudência em uniformizar um sistema jurídico coerente, íntegro e estável, aplicando a vertente da segurança jurídica.

Um sistema jurídico estável e previsível juridicamente é importante para o desenvolvimento econômico e social de uma sociedade política democraticamente organizada. Eis o entendimento doutrinário sobre o assunto: "Para que os homens – especialmente os que investem trabalho, dinheiro em atividades regulamentadas pelo Estado – possam se desenvolver, é preciso que eles possam depositar confiança nos atos estatais – administrativos, legislativos e judiciais. O dispêndio de energia e o investimento são inversamente proporcionais à falta de confiança nos atos estatais. Não só o empresário, mas também o 'homem comum' para ter tranquilidade para viver, necessita de garantias de que o Estado não irá surpreendê-lo" (MARINONI, 2018, p. 109/110).

Nessa perspectiva, diante de um precedente obrigatório introduzido no sistema jurídico por meio de Recurso Extraordinário em Repercussão Geral com caráter obrigatório, art. 927, inciso III, CPC/15, geraria para os demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Direta e Indireta sua observância, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica, bem como abre as vias da reclamação constitucional ao Supremo, art. 988, inciso IV, CPC/15. Portanto, o precedente vinculante no bojo de RE em repercussão geral tem natureza jurídica de processo objetivo, as razões de decidir no julgamento do incidente de repercussão geral se incorporam automaticamente aos casos futuros similares, mantendo coeso, justo e íntegro o sistema jurídico brasileiro.

O RE 958.252 já enunciado vai de encontro como todas as diretrizes anteriormente apontadas pela jurisprudência consolidada pelo TST em sua Súmula 331. Questão lógica seria a superação da citada Súmula e a aplicação do precedente firmado pelo STF. Aliás, veja os dizeres da balizada doutrina: "Tudo se torna mais dramático se considerarmos que o art. 927, IV, do Novo CPC adotou a eficácia vinculante os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional. O dispositivo legal realça a relevância de uma revogação dinâmica e constante de entendimentos sumulados ultrapassados. Ainda mais se considerarmos que o Novo Código de Processo Civil revoga tacitamente dezenas de entendimentos consagrados em súmulas dos tribunais superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça" (NEVES, 2016, p. 1.299).

Sábias as palavras do nobre doutrinador; entretanto, acrescento, ainda, que a relutância em proceder à superação dos entendimentos jurisprudenciais consubstanciados nas referidas súmulas não se circunscreve, somente, à justiça comum. Pelo contrário, vejo maior relutância na justiça especializada trabalhista em aplicar os precedentes do STF, o princípio *in dúbio pro* operário alcança uma faceta antes inimaginável, princípio dos princípios, não cedendo espaço ao princípio da segurança jurídica sedimentado na regra do art. 927 do CPC/15.

Como já afirmamos na parte introdutória deste capítulo, a Súmula 331 do TST, que não tem caráter vinculante, mas mera orientação jurisprudencial, veio a sedimentar que a terceirização do serviço de mão de obra por empresa interposta em favor da tomadora de serviço poderia ocorrer em se tratando de atividade-meio, denominados, nesta hipótese, a terceirização lícita. Em contrapartida, a terceirização de atividade-fim da empresa tomadora de serviço seria ilícita, gerando vínculo empregatício direto com a tomadora de serviço.

Em 30/08/2018, o STF no RE 958.252 decidiu que toda atividade terceirizada, independentemente de se tratar de atividade-fim ou meio, seria lícita, indo, por isso, de encontro aos fundamentos exarados pela Súmula 331 do TST[4]. Diante do exposto, seria natural e lógico o cancelamento desta Súmula nos seus

[4] O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 725 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o Tribunal fixou a seguinte tese: "É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empre-

itens I e II, mas em pesquisa realizada junto às decisões proferidas no TRT da 10ª Região, percebe-se com clareza a relutância da maioria dos Juízes Trabalhistas de 1ª Instância e das Turmas do TRT da 10ª Região em aplicar o precedente vinculante do STF sobre o assunto.

Senão vejamos, a título exemplificativo, a seguir cito pretensões em juízo em que o reclamante da empresa interposta requer equiparação aos empregados da empresa tomadora de serviço, alegando fraude em sua contratação por estar desempenhando as mesmas tarefas dos empregados da empresa tomadora de serviço.

Na RT 0001523-84.2017.5.10.0022, a ação envolvia empregada de empresa terceirizada, CTIS e TIVIT, prestando serviços de suporte de informática para empresa pública federal (Caixa Econômica Federal). Segundo a sentença, a CEF estaria terceirizando atividade-fim e, por isso, estaria fraudando a legislação trabalhista. Confira-se trecho da decisão proferida:

> (...)
> Não pode restar dúvida que o serviço de telemarketing promovia a venda de produtos da CEF, substituindo a mão de obra da CEF por pessoal terceirizado, em atividade tipicamente bancária.
>
> Para tanto não havia necessidade de acesso à conta do cliente a informações tidas como sigilosas, ainda assim não se observa descaracterização da atividade bancária. Nem tudo que se faz em banco, principalmente, a venda de produtos pré-aprovados, adredemente inseridos no sistema necessitando apenas da aceitação do cliente para concretização do negócio, demanda acesso à conta bancária dos clientes e aos seus dados financeiros.
>
> É certo que, no julgamento da ADPF 324 e no do RE 958252, em 24 de agosto de 2018, cujo acórdão ainda necessita ser publicado, o STF decidiu pela validade da terceirização em área fim, contrariando antiga orientação assentada no TST, Súmula 331/TST, e em todos os demais tribunais trabalhistas do país, que veda a terceirização de serviços em atividade finalística do tomador dos serviços.

sas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante", vencida a Ministra Rosa Weber. O Ministro Marco Aurélio não se pronunciou quanto à tese. Ausentes os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes no momento da fixação da tese. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 30.8.2018.

> Sucede que, independente da validade da terceirização, aspecto que há de se observar a partir da análise aos fundamentos e ao próprio *decisum* do STF, o certo é que existe garantia de que o pessoal terceirizado deva ajustar-se em termos de direito ao pessoal permanente da empresa tomadora.
>
> Em outras palavras, deve ser assegurado ao pessoal terceirizado as mesmas vantagens e benefícios garantidas aos empregados do tomador da mão de obra, ainda que a fonte do direito resida em conquista sindical.
> (...)

Em embargos de declaração opostos pela empresa tomadora de serviço, esta requereu ao juízo que apresentasse, de forma fundamentada, o *distinguishing*, método pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma, ou *overruling,* que é a técnica pela qual o precedente perde sua eficácia vinculante e é substituído por outro precedente. A decisão em embargos de declaração foi rejeitada e, ainda, foi aplicada multa protelatória por entender que o recurso foi manejado de forma abusiva:

> (...)
> A questão da responsabilização da CAIXA foi objeto de extensa análise na sentença atacada, não vislumbrando ofensa ao dever de fundamentação previsto no art. 489, §1º, do CPC. Não passou despercebido pelo Juízo o fato de que o Pretório Excelso decidiu pela validade da terceirização em área fim, contrariando assim antiga orientação assentada no TST, Súmula 331/TST; todavia, ficou registrado que
>
> > independente da validade da terceirização, aspecto que há de se observar a partir da análise aos fundamentos e ao próprio *decisum* do acórdão do STF, o certo é que existe garantia de que o pessoal terceirizado deva ajustar-se em termos de direito ao pessoal permanente da empresa tomadora.
>
> Além disso, fundamentou-se a isonomia reconhecida em texto sumulado pelo col. TST na OJ 383 da SDI-1, sendo írrita a alegação de inobservância ao inciso I do §1º do art. 489 do CPC.
> Tampouco este Juízo determinou a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços, tal como pretende fazer crer a embargante. Ao revés, apenas ficou assegurado ao reclamante a percepção dos mesmos direitos do corpo de empregados da CEF.

> A estratégia da parte reclamada acarreta a movimentação desnecessária do órgão do Poder Judiciário, que poderia dedicar tempo e energia em outras controvérsias realmente carentes de pronunciamento judicial.
>
> Portanto, flagrantemente não se está diante do vício formal na sentença. O desvirtuamento do recurso informa seu caráter protelatório, **razão pela qual aplico à reclamada multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC**.
> (...)

Encontramos decisões no mesmo sentido, também, na RT 0001535-98.2017.5.10.0022, RT 0000176-97.2018.5.10.016 e RT 0001618-17.2017.5.10.0022, sendo que, nesta última, o juízo trabalhista sequer apreciou o RE 958.252 do STF e julgou procedente o pedido de equiparação salarial entre o empregado da empresa interposta e a empresa pública federal. Confira-se:

> SENTENÇA
> (...)
> Trata-se de típica atividade bancária.
>
> Assim, em razão das atividades desempenhadas pela reclamante, entendo que estão presentes os elementos para enquadrar a obreira como bancária, reconhecendo a atividade financeira e equiparando à jornada do bancário, nos moldes da Súmula 55 do C.TST, bem como o enquadramento da obreira na hipótese do artigo 224 da CLT.
>
> **Julgo procedentes** os pedidos de enquadramento da reclamante como bancária e de pagamento das diferenças salariais resultantes do piso salarial definido para os empregados da CEF (referência 202 da Estrutura Salarial Unificada - ESU - conforme ACT de 2013/2014 e os salários que foram efetivamente pagos pela CTIS, observada a aplicação do reajuste concedido à categoria bancária a partir de 01/09/2016 conforme ACT da categoria, assim como dos reflexos desta diferença sobre as parcelas de férias acrescidas do terço constitucional, 13º salários, verbas rescisórias e FGTS+ 40%.
>
> Pelos mesmos motivos, **procedem** os pedidos de pagamento de participações em lucros ou resultados - PLR, auxílio refeição, ajuda alimentação (cesta alimentação) e 13ª cesta alimentação, conforme CCT dos bancários juntada aos autos, bem como da indenização substitutiva do plano de saúde no valor mensal de R$ 300,00 durante todo o pacto laboral.

SENTENÇA EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

(...)
Assim, uma vez que o Juízo analisou a matéria, qualquer equívoco, se houver, configurará *error in judicando*, somente sendo passível de correção mediante o recurso adequado, não se prestando os declaratórios a este fim.
Esclareço à parte que o Juiz não está obrigado a apreciar, ponto a ponto, todas as alegações das partes, bastando que fundamente os motivos que ensejam a decisão.
A sentença é um ato de vontade do Juiz como órgão do Estado e não se trata de um diálogo entre o magistrado e as partes.
Os argumentos expendidos deixam claro que a decisão desagrada a parte embargante, que busca, perante o Juízo de origem, a reanálise da matéria e argumentos constantes dos autos.
(...)
Assim, por não constatada nenhuma das hipóteses do art. 1022 do CPC e art. 897-A da CLT, rejeito os presentes embargos.
A estratégia da parte reclamada acarreta a movimentação desnecessária do órgão do Poder Judiciário, que poderia dedicar tempo e energia em outras controvérsias realmente carentes de pronunciamento judicial.
Portanto, flagrantemente não se está diante do vício formal na sentença. O desvirtuamento do recurso informa seu caráter protelatório, **razão pela qual aplico à parte embargante multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 1.026, § 2º, do CPC.**
(...)

Percebe-se, portanto, por uma análise, ainda que superficial, que o precedente do STF no RE 958.252 firmado em repercussão geral, que tem caráter vinculante/obrigatório, não vem sendo observado pelas instâncias trabalhistas do TRT da 10ª Região, permanecendo, em contrapartida, as diretrizes estabelecidas pela Súmula 331 do TST. Se a sistemática do precedente tem como objetivo uma jurisprudência coerente, íntegra e estável, a prática tem demonstrado resistência injustificada das Cortes de Justiça (TRFs, TJs, TRTs, TREs) em trilhar os caminhos apresentados pelas Cortes Supremas (STF e STJ), tendo como efeito inexorável a desordem e o caos do sistema jurídico.

Ademais, temos que pensar qual a solução cabível para a perplexidade ora apresentada, pois estamos diante de dois princípios constitucionais: a independência funcional dos juízes no

ato de decidir e princípio da segurança jurídica decorrente das decisões proferidas pelo STF quando em repercussão geral.

3 Colisão de princípios – princípio da independência funcional dos julgadores na motivação de suas decisões vs princípio da segurança jurídica dos precedentes vinculantes

As normas constitucionais podem ser divididas em regras e princípios. Os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto, e as regras teriam conteúdo mais restrito, por ter um conteúdo mais indeterminado. O princípio exige do intérprete atividade concretizadora; já a regra, sua aplicação é imediata e direta. O princípio tem natureza estruturante ou papel fundamental no ordenamento jurídico ante a sua posição hierárquica no sistema das fontes. Assim, os princípios seriam *standards* de aplicação da justiça, seriam fundamentos para a condensação das regras jurídicas (FERNANDES, 2017. p. 231).

Tomando os ensinamentos de Ronaldo Dowrkin e Alexy no tocante à colisão de princípios e aplicação do princípio da proporcionalidade, chegamos ao ponto de reflexão interessante para avaliar qual dos princípios apontados no presente capítulo deverá prevalecer diantedo caso concreto.

Entende-se como princípio da independência funcional da magistratura o ato de julgar a pretensão posta em juízo, não estando sujeito a ordens ou injunções funcionais, devendo obedecer somente à sua consciência e, claro, à Constituição Federal e às leis do país. Esse princípio não é visto como privilégio do julgador, mas sim em prol de sua independência no desempenho de sua função no ato de julgar. Desta forma, os juízes seriam imunes a quaisquer tipos de pressões, interferências e represálias, pois só deste jeito poderia decidir de forma imparcial, independentemente de quem estiver litigando com vistas a um resultado justo, nos termos do art. 41 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN).

Já o princípio da segurança jurídica está ligado à estabilidade das relações jurídicas, à previsibilidade das decisões judiciais e administrativas, evitando mudanças de paradigma repentinas, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência da norma anterior. A doutrina defende que a ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências imputáveis a seus atos. O direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regên-

cia da vida social. Daí o chamado princípio da "segurança jurídica", o qual, bem por isto, se não é o mais importante dentro todos os princípios gerais de Direito, é, indisputavelmente, um dos mais importantes entre eles (DE MELO, 2014. p. 127).

Se socorrendo aos ensinamentos do jusfilósofo Robert Alexy, quando houver conflito entre princípios constitucionais, a solução da antinomia, à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto, se dará por meio da ponderação (sopesamento ou balan-ceamento): a) definição da intensidade da intervenção; b) análise da importância dos fundamentos justificadores da intervenção; c) realização da ponderação em sentido estrito. "(...) quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores da intervenção" (NOVELINO, 2018. p. 149).

Na técnica da ponderação, o intérprete tem que avaliar o caso concreto para decidir qual princípio prevalecerá, ora estamos, inevitavelmente, diante da colisão de dois princípios fundamentais para o Estado de Direito: de um lado, a independência funcional da magistratura no ato de julgar e, de outro lado, o princípio da segurança jurídica, consubstanciado no precedente vinculante sedimentado em repercussão geral do STF.

Tendo o intérprete da norma a obrigação de fundamentar todas as suas decisões, o princípio a se sobrepor pelo outro deverá passar necessariamente pelo raciocínio de justificação que é a demonstração da correção jurídica e a consistência lógica da decisão, ou seja, a decisão justa que tem a aptidão de convencer os destinatários da norma. Não se esquecendo, ainda, da técnica do princípio da proporcionalidade em suas variadas vertentes: adequação, necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a presente análise revela que o princípio da segurança jurídica há de prevalecer.

O precedente vinculante/obrigatório, necessariamente, passou pelo crivo das Cortes de Justiça, leia-se, as instâncias ordinárias, quando tiveram a oportunidade de se debruçar sobre o caso concreto posto, exercendo plenamente sua independência funcional no ato de decidir de acordo com sua livre convicção. A pretensão do precedente, uma vez decidida pelas Cortes Supremas, STF e STJ, ganha notoriedade, transmudando, na verdade, para um processo objetivo em que a eficácia da decisão tem efeitos *erga omnes* e *ultra partes,* tendo bastante similaridade aos julgamentos em ADI e ADC.

Salvo em caso de mudança de entendimento, *overruling*, ou peculiaridades do caso concreto, *distinguishing*, o julgador deverá, inexoravelmente, seguir o entendimento jurisprudencial

do STF em repercussão geral, o princípio da independência funcional sede para uma bem maior que corresponde a um sistema jurídico íntegro, coerente e estável. Relações jurídicas previsíveis e seguras denotam o amadurecimento do Estado Democrático de Direito e de sua comunidade jurídica.

Conclusão

O precedente judicial em repercussão geral com força vinculante, com previsão no art. 927, inciso III, do CPC/15, é uma realidade jurídica, de modo que cabe aos aplicadores do direito se curvarem à sua norma. Existem, inclusive, vozes doutrinárias defendendo a inconstitucionalidade do citado artigo em razão da falta de previsão nos arts. 102, §2º, e 103-A, ambos, da CF/88, mas, enquanto não houver sua declaração de inconstitucionalidade, cabe a nós o respeito e a reverência aos seus postulados, prestigiando o princípio da segurança jurídica.

Neste cenário, é inquestionável que a Súmula 331, incisos I e II devem ser objeto de cancelamento, pois não está mais consentâneo com as diretrizes apresentadas pelo STF no RE 958.252 em repercussão geral. É ilógico e irrazoável manter o mesmo entendimento histórico que gerou a confecção da Súmula 331 do TST como forma de proteger a relação de trabalho do empregado da empresa interposta no ato de terceirização, pois novas relações jurídicas sociais, econômicas e políticas estão postas neste mundo globalizado e multicultural.

Diversos princípios pró-operário devem ser repensados para que as normas trabalhistas possam acompanhar as exigências econômicas do mercado mundial. Não estamos defendendo sua extinção, mas uma maior flexibilização que, inclusive, já teve sua gênese com a Lei nº 13.467/17, denominada de reforma trabalhista.

Assim, encerro o presente artigo propondo uma reflexão acerca dos postulados que regem o direito trabalhista e que são usados para fundamentar as decisões da Justiça do Trabalho, pois, conforme demonstrado anteriormente, a sociedade atual está em constante mudança, demandando decisões superiores de acordo com suas necessidades (por exemplo, o RE 958.252 do STF), e princípios desenvolvidos em momentos históricos anteriores têm atravancado o desenvolvimento do direito do trabalho.

Referências

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godi-nho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo. Editora LTr. 2018.

DE MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ética dos precedentes Justificativa do novo CPC**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: JusPDIVM, 2016.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador. JusPODVIM, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Alexan-dria. BRAGA, Paula Sarna. JR, Fredie Didier. **Curso de Processo Civil**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

Arbitragem, administração pública e empresas públicas: questões controversas

Tânia Rodrigues do Nascimento
Advogada da CAIXA em São Paulo
Mestranda na Escola de Direito do Brasil

RESUMO

O presente trabalho pretende apresentar uma breve evolução sobre a arbitragem na Administração Pública e alguns aspectos de sua utilização nas empresas públicas, levantando as principais características dessa forma de resolução de conflitos, bem como destacando seus mais importantes desafios na atualidade.

Busca-se apresentar as modernas divergências doutrinárias sobre o tema, confrontando-as com os princípios aplicáveis à Administração Pública em geral e às empresas públicas em especial.

Em conclusão, identificamos que a arbitragem não se aplica a todos os casos e contratos administrativos, mas é compatível com os princípios da legalidade, da publicidade e da supremacia do interesse público, bastando que se construa, mediante motivação dos atos administrativos, os fundamentos de sua aplicação.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Empresas públicas. Supremacia do interesse público.

ABSTRACT

The present work intends to show the evolution of arbitration in government and some aspects of its use in public companies, considering the characteristics of this method of conflict resolution, and highlighting the main presente challenges.

It intends to introduce the modern doctrinal divergences about the theme, facing up to and dealing with the principles of public administration.

In conclusion, we identify that arbitration cannot be applied to all kinds of administrative conflicts and agreements, but is totally compatible with legality, transparency and supremacy of public interests, although it is necessary to present the motives of the administration acts and construct the fundamentals of its application.

Keywords: Arbitration. Government. Public companies. Publicity. Supremacy of the public interest.

Introdução

Arbitragem é um método de solução de conflitos, os quais são submetidos a árbitros, mediante atribuição de competência através de instrumento contratual. Pela utilização do referido instituto, a jurisdição estatal é afastada, e a competência para solução do conflito é atribuída ao árbitro, ou à Câmara de Arbitragem.

Para o professor Alexandre Santos de Aragão,

> a arbitragem (...) consiste em mecanismo de heterocomposição de conflitos de interesses, informado pela celeridade, expertise e informalidade, que se processa fora das lindes estatais (ARAGÃO, 2017, p. 21).

A arbitragem é conceituada por Carlos Carmona como

> meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.

O instituto legal que regulamenta a arbitragem no Brasil é a Lei nº 9.307/1996. Posteriormente, referida lei foi alterada pela Lei nº 13.129/2015, a qual, especificamente, autorizou a utilização da arbitragem para a Administração Pública direta e indireta, exigindo que, em tais casos, se utilize exclusivamente a arbitragem de direito e que se respeite o princípio da publicidade. Apenas a partir da Lei nº 13.129/2015 que se passou a reconhecer, quase sem controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais[1], a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública.[2]

---

1 O professor Justino de Oliveira, ao escrever sobre "Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública", ressalta que ainda existem debates minoritários "sobre a constitucionalidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública, sob a alegação de que os litígios inerentes aos contratos administrativos não se reportariam a direitos patrimoniais disponíveis, e sim a direitos indisponíveis".

2 Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O artigo 1º da Lei de Arbitragem restringe a aplicação da arbitragem exclusivamente a direitos patrimoniais disponíveis.

Dito isso, surge a primeira questão controversa sobre a utilização da arbitragem para a Administração Pública em geral e para as empresas públicas em particular, qual seja, verificar se é possível haver direito patrimonial disponível diante da supremacia do interesse público.

No entanto, diante da alteração legislativa realizada pela Lei nº 13.129/2015 (artigo 1º, §1º) e da doutrina que se seguiu, não há dúvida sobre a possibilidade de utilização da arbitragem para conflitos entre órgãos da Administração Pública e entre essa e particulares, devendo apenas ser identificar em quais casos ela é adequada para atingir o interesse público pretendido.

1 Conceito de empresa pública, seu papel na administração pública e especificidades legislativas

As empresas públicas, assim como as autarquias, fundações governamentais, sociedade de economia mista e consórcios públicos, têm como ideia central a descentralização dos serviços públicos.

Nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, as empresas públicas fazem parte da administração pública indireta e devem ser criadas por lei específica. Além disso, possuem capital integralmente público, independentemente do regime jurídico ou da atividade (serviço público ou atividade econômica) realizada.

---

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

No caso das empresas públicas, podem ter personalidade jurídica de direito público ou privado, exceto quando exercerem atividade econômica, caso em que terão obrigatoriamente personalidade jurídica de direito privado, nos termos do artigo 173, §1º, inciso II[3] da Constituição Federal. O mesmo artigo manteve, no entanto, a necessidade de licitação e sujeição aos princípios da administração pública, mesmo no caso do exercício de atividade econômica. Nesse sentido, há que se citar Maria Sylvia Zanella de Pietro:

> Por outras palavras, a Administração Pública, ao instituir, com autorização em lei, empresas públicas, sociedades de economia mista ou fundações de direito privado, está socorrendo-se de meios de atuação próprios do direito privado; foi precisamente o regime jurídico de direito privado que levou o Poder Público a adotar esse tipo de entidade, pois, sob esse regime, ela pode atuar com maior liberdade do que a Administração Pública Direta. No entanto, tais pessoas nunca se sujeitam inteiramente ao direito privado. O seu regime jurídico é híbrido, porque, sob muitos aspectos, elas se submetem ao direito público, tendo em vista especialmente a necessidade de fazer prevalecer a vontade do ente estatal, que as criou para atingir determinado fim de interesse público.[4]

---

[3] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
(...) § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.
§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

[4] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530979577. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530979577>. Acesso em: 17 jul. 2019.

A Lei nº 13.303/16, que regulamentou o artigo 173, §1º da Constituição Federal, estabelece o estatuto jurídico aplicável às empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), e não fez distinção quanto sua aplicação ao exercício de atividade econômica ou prestação de serviço público. Tampouco dispôs especificamente quanto à arbitragem, exceto no artigo 12, parágrafo único, que trata da possibilidade de utilização de arbitragem em caso de entre acionistas e a sociedade ou acionistas controladores e minoritários, sem ingressar em quaisquer especificidades quanto ao tema.[5]

No entanto, em seu artigo 32, inciso II, traz disposição que determina que

> *Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: (...)busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental (...).*

Por certo que, em determinadas atividades econômicas, a utilização da arbitragem é essencial para a competitividade com empresas privadas e deve ser incorporada aos seus contratos.

Contudo, ao nosso ver, infelizmente, ao deixar de trazer dispositivos específicos sobre a arbitragem nas empresas estatais, perdeu-se uma grande oportunidade de reforçar as vantagens da adoção dessa forma de solução de conflitos, especialmente para as empresas públicas que exercem atividade econômica, facilitando e encorajando sua utilização.

De todo modo, a sujeição das empresas públicas aos princípios da administração pública e à necessidade de licitação ocasiona as mesmas dificuldades e, em grande medida, as mesmas controvérsias quanto à utilização da arbitragem em seus contratos, mesmo quando no exercício exclusivo de atividade econômica.

---

[5] Art. 12. A empresa pública e a sociedade de economia mista deverão:
I - divulgar toda e qualquer forma de remuneração dos administradores;
II - adequar constantemente suas práticas ao Código de Conduta e Integridade e a outras regras de boa prática de governança corporativa, na forma estabelecida na regulamentação desta Lei.
Parágrafo único. A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

2 A questão dos direitos patrimoniais disponíveis

A lei de arbitragem estabelece que apenas direitos patrimoniais disponíveis podem ser objeto de arbitragem. Não se trata aqui da indisponibilidade do interesse público, mas da disponibilidade do patrimônio público. Os direitos patrimoniais do Estado devem atender, da forma mais efetiva possível, ao interesse público, ainda que seja necessário dispor de tal patrimônio para melhor atender ao interesse público.

As cláusulas contratuais de natureza patrimonial, ou seja, aquelas que não tratam das prerrogativas da Administração Pública previstas no artigo 58[6] da Lei nº 8666/93, podem ser objeto da cláusula arbitral. Normalmente, são cláusulas referentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, à remuneração do contratado, à extinção dos contratos, a indenizações, dentre outras.

A contrário senso, não é possível submeter à arbitragem o poder punitivo da Administração Pública, como, por exemplo, aplicar penalidade de suspensão do direito de licitar, visto se tratar de cláusula exorbitante, indisponível, sem caráter patrimonial. Nesse sentido, citamos posicionamento de EUGENIA MAROLLA (2016) sobre o tema:

> Tanto as cláusulas exorbitantes quanto as regulamentares veiculam poderes da Administração, necessários à consecução do interesse público, razão pela qual, em regra, não são passíveis de submissão ao juízo arbitral. Correspondem aos atos de império.

---

6 Lei nº 8.666/93:
Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
III - fiscalizar-lhes a execução;
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.
§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

O Superior Tribunal de Justiça, muito antes da edição da Lei nº 13.129/2015, já havia decidido, ao julgar o REsp 612.429[7] em outubro de 2005, que a cláusula compromissória é válida nos contratos firmados por sociedades de economia mista no exercício da atividade econômica e com relação aos direitos patrimoniais disponíveis.

De todo modo, no caso da Administração Pública sempre haverá um espectro nebuloso e tênue entre o que pode ou não ser considerado disponível ou indisponível.

Nesse ponto, será essencial que a cláusula arbitral especifique, detalhadamente, quais os conflitos decorrentes do contrato firmado que deverão ser submetidos à arbitragem, salientando o caráter exclusivamente patrimonial dos interesses envolvidos.

3 A indisponibilidade/supremacia do interesse público em face da arbitragem

Por supremacia do interesse público não se pode entender que este irá prevalecer em qualquer situação de conflitos com direitos privados. Entender dessa forma seria negar os direitos fundamentais do cidadão, cujo fundamento inicial é de serem oponíveis em face do Estado. A supremacia do interesse público não pode funcionar como uma causa supralegal de restrição aos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais apenas podem

---

7 RECURSO ESPECIAL Nº 612.439 - RS (2003/0212460-3)
RELATOR: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
EMENTA
PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.
1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.
2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.
3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.
4. Recurso especial parcialmente provido."

ser restringidos pela via constitucional, e "*não pode a lei restritiva, ainda quando autorizada, devolver o juízo de restrição para o campo de atuação discricionária da Administração Pública* (SCHIER, 2003, p. 87-105)" fundamentada, no caso, na supremacia do interesse público.

Por isso, o princípio da proporcionalidade e a ponderação podem ser aplicados ao princípio da indisponibilidade do interesse público quando em conflito com outros direitos. Isto porque o princípio da supremacia do interesse público não pode colocar *"em risco os direitos individuais, porque tem que ser aplicado em consonância com os princípios todos que informam o Direito Administrativo, como os da legalidade, impessoalidade, razoabilidade, segurança jurídica e tantos outros consagrados no ordenamento jurídico. Ele protege os direitos individuais."*[8]

Além disso, a indisponibilidade do interesse público não significa que a Administração não pode dispor de todos os direitos de sua. A depender do caso, a Administração pode e deve dispor de um de seus direitos em prol de atingir o interesse público.

Nesse sentido, o STF decidiu ao julgar o RE 253.885-0/MG, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, cujo tema foi a legalidade de transação não onerosa realizada entre município e servidoras municipais. Restou decidido que

> há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse.

Não obstante o referido acórdão entender que houve atenuação do princípio da supremacia do interesse público, entra em contradição em seguida ao afirmar que a solução foi a melhor para atender ao interesse público. Na verdade, o que ocorreu no caso concreto foi uma atenuação do princípio da legalidade em prol da satisfação do interesse público.

Dito isto, por certo que não há a alegada incompatibilidade entre a supremacia do interesse público e a possibilidade de utilização da arbitragem para solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. A opção pela arbitragem seria comparável à cláusula de eleição de foro, disposição esta totalmente com-

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 31ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530979577. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530979577>. Acesso em: 17 jul. 2019.

patível com os contratos administrativos, não significando, de modo algum, renúncia ao direito público nem ao interesse público.

A célere resolução dos conflitos propiciada pela escolha da arbitragem, com economia de tempo, confidencialidade se for o caso, menor formalismo, tem o condão de acolher a supremacia do interesse público.

4 Publicidade e transparência

4.1 Da compatibilidade entre a arbitragem e o princípio da publicidade dos atos administrativos

A Lei nº 13.129/2015, ao alterar a Lei de Arbitragem, foi expressa ao dispor que a arbitragem na Administração Pública deve obedecer ao princípio da publicidade[9].

Mesmo antes da alteração legislativa, ao nosso ver, não havia incompatibilidade entre a utilização da arbitragem e o princípio da publicidade dos atos administrativos. Explicamos.

Em primeiro lugar, porque a confidencialidade não é característica essencial do processo de arbitragem. A lei de arbitragem não estabelece, em nenhum de seus dispositivos, a confidencialidade como exigência para realização do procedimento. A confidencialidade deve depender das partes envolvidas e das características dos interesses discutidos.

Além disso, mesmo na jurisdição estatal, que tem por essência a publicidade de seus atos, pode haver casos em que o sigilo é decretado em razão das particularidades dos direitos guerreados, ainda que o processo envolva a Administração Pública. Como exemplo, podemos citar o artigo 26, inciso III do CPC[10], que trata de cooperação jurídica internacional e estabelece a publicidade como regra e o sigilo como exceção e, ainda, o artigo 773[11] do mesmo diploma legal, o qual admite o sigilo

---

9 Lei nº 13.129/2015:
"Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes.
(...) § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

10 Código de Processo Civil de 2015
Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:
(...) III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

11 Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.

em caso de entrega de documentos ou dados sigilosos em relação à execução.

Assim, em casos específicos de empresas públicas que exerçam atividade econômica e que trazem na essência de sua atividade atos sigilosos em razão da sua natureza, podem e devem solicitar sigilo quanto a determinados documentos e dados submetidos ao procedimento arbitral. Podemos citar como exemplo a Caixa Econômica Federal, empresa pública que exerce atividade econômica bancária e que tem como dever guardar o sigilo bancário de seus clientes.

O dever de publicidade dos atos administrativos permanece, contudo, em relação à realização e à natureza do conflito submetido à arbitragem, à forma de escolha do ente arbitral, aos custos envolvidos no procedimento, e até com relação aos próprios atos processuais praticados.

Em conclusão, verifica-se que a arbitragem e o princípio da publicidade dos atos administrativos não são incompatíveis, impondo-se apenas a adaptação do procedimento às particularidades da Administração Pública.

4.2 O dever de publicidade

Apesar da inexistência de incompatibilidade entre a arbitragem e a publicidade, permanece na Administração Pública o dever de dar publicidade aos atos praticados e não ao órgão arbitral.

Nada impede, no entanto, que o tribunal arbitral também dê publicidade aos seus atos quando se tratar de conflito que envolve a Administração Pública, mas a responsabilidade legal é do órgão público de fazer as publicações cabíveis para os atos praticados.

5 Arbitragem e o princípio da legalidade

O entendimento sedimentado de que a submissão ao princípio da legalidade significa a submissão à lei formal deve ser relativizado em decorrência da constitucionalização do Direito Administrativo e das novas teorias econômicas sobre a Administração Pública. De acordo com o professor FELIPE ESTEFAM (2013, p.101), "*o administrador público submete-se não só à lei for-*

Parágrafo único. Quando, em decorrência do disposto neste artigo, o juízo receber dados sigilosos para os fins da execução, o juiz adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade.

mal, mas também a outros meios que instrumentalizam o Direito".

Por certo que não se está aqui a defender que se aja contrariamente à lei formal. Ao contrário, se defende que a Administração Pública se submeta não apenas à lei formal, mas a todo o sistema jurídico como um todo, o qual resta fundado na Constituição.

Não se pode, contudo, reduzir à Administração a um mero cumpridor de atos legislativos, visto que tem como finalidade maior a consecução do interesse público. Diante disso, na ausência de dispositivo legal que regulamente expressamente determinado ato e na ausência de proibição de agir por parte de qualquer outro dispositivo legal, caberá à Administração Pública a construção da legalidade do ato que pretende produzir, fundamentando seu ato nos princípios jurídicos, mas motivando de forma concreta e considerando as consequências de seus atos.

Estabelecido o sentido quanto ao princípio da legalidade, verificamos que nenhum conflito há entre este e a utilização da arbitragem. Há lei autorizadora da arbitragem para conflitos envolvendo a administração pública e há forma contratual para estabelecê-la. Basta, portanto, ao Administrador motivar e fundamentar eventuais lacunas considerando as consequências de seus atos na direção de se atingir o interesse público.

6 A seleção da Câmara de Arbitragem

6.1 Utilização da Lei de Licitações – Lei nº 8.666/93 para a contratação

Talvez a questão mais controversa acerca da utilização da arbitragem na Administração Pública em geral seja a forma de seleção da Câmara de Arbitragem.

A doutrina majoritária baseia-se na escolha por inexigibilidade de licitação[12], prevista no artigo 25, inciso II, §1º da Lei nº 8.666/93, em decorrência de impossibilidade de competição em razão da natureza técnica dos serviços a serem prestados.

Existe, ainda, a possibilidade de credenciamento de diversas Câmaras de Arbitragem que obedecem a requisitos impostos pela Administração, sendo que todas poderão ser contratadas.

O credenciamento não está previsto no artigo 25 da Lei de Licitações como uma modalidade de licitação. Isto porque se trata

[12] Nesse sentido, Felipe Faiwichow Estefam, em sua tese de doutorado sobre Arbitragem e Administração Pública, 2018, p. 73.

de modalidade de dispensa de licitação, vez que há possibilidade da contratação de todos os credenciados, em igualdade de condições, impossibilitando a concorrência. Nesse sentido, há que se citar Maria Sylvia di Pietro, ao explicar que "*é hipótese de inexigibilidade, porque, havendo possibilidade de contratação de todos os interessados, a competição torna-se inviável; daí a aplicação do caput do art. 25 (...)*".

De todo modo, caberá ao administrador público a construção da legalidade da referida contratação direta, motivando especificamente seus atos, considerando as consequências de suas decisões e demonstrando a necessidade e adequação de sua escolha.[13] Nessa direção, dispõe o artigo 20 da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, o qual determina que o administrador não fundamente suas decisões exclusivamente em princípios abstratos, como a legalidade e a supremacia do interesse público.

As procuradorias e os advogados públicos também têm função fundamental ao respaldar o administrador de fundamentos legais e jurisprudenciais para a tomada das decisões.

6.2 Inaplicabilidade de Lei nº 8.666/93

O professor Gustavo Justino defende a hipótese de não incidência das normas de licitação pública à questão da contratação da Câmara de Arbitragem, fundamentando seu entendimento na Lei nº 13.019/2014, que trata de parcerias entre organizações de sociedade civil e a Administração Pública.

Defende que se faça um paralelo entre a referida lei quando trata de parcerias da Administração com a sociedade civil com a finalidade de perseguir interesse público. Entende que a sociedade civil se equipara à contratação da Câmara, e o interesse público seria a prestação de função jurisdicional.

Não obstante a qualidade do raciocínio descrito e a coerência de sua fundamentação, ao nosso ver, é um caminho tortuoso, o qual coloca o administrador e o advogado público em condição de submissão em relação aos órgãos de controle, especialmente em relação ao princípio da legalidade, pois a mencionada Lei nº 13.019/2014, em que pese a possibilidade da herme-

[13] Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)
Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

nêutica, não se aplica à contratação das câmaras arbitrais que possuem nitidamente finalidade lucrativa e não se enquadram no conceito legal de organização de sociedade civil sem fins lucrativos constante do artigo 2º, inciso I da referida lei.

Portanto, em nosso entendimento, a corrente majoritária, fundamentada na inexigibilidade de licitação, cumpre a finalidade de contra-tação fundada na legalidade e na transparência essenciais aos atos da Administração Pública.

7 Divergências quanto à forma de pagamento da condenação por sentença arbitral e dos custos da arbitragem

Considerando que a Administração Pública depende de leis orçamentárias que aprovem seus gastos, apresenta-se um problema de difícil solução quanto à forma de pagamento da condenação e dos custos de arbitragem. A questão dos altos custos da arbitragem e a forma de pagamento pela Administração Pública são, sem dúvida, grandes desvantagens para a utilização da arbitragem.

Em caso de necessidade de executar obrigação pecuniária decorrente de sentença arbitral, a doutrina está razoavelmente pacificada no sentido de que o pagamento deve respeitar o regime de precatórios estabelecido no artigo 100 da Constituição Federal[14]. Isto porque referido artigo traz expressamente essa necessidade em decorrência de "sentença judiciária" e não há diferença de natureza jurídica entre a sentença arbitral e a sentença judiciária. Aliás, o próprio Código de Processo Civil não diferencia a sentença judicial da sentença arbitral ao estabelecer, em seus artigos 515, inciso VII e 516, que sentença arbitral é título executivo judicial e que será executada perante o Juízo competente, assim como a sentença proferida por órgão do Poder Judiciário.

Além disso, o pagamento espontâneo de sentença arbitral pelo Poder Público pode significar burla à "fila de precatório", criando-se uma casta privilegiada dos credores submetidos à arbitragem.

Resolução recente da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), 5.845/19, que fixa regras para solução de controvérsias entre a ANTT e seus entes regulados, estabeleceu, em seu artigo 19, que os custos da arbitragem devem ser antecipados pelo particular, além de determinar que eventual execução será realizada por meio do procedimento de precatórios.

[14] Nesse sentido, RE 132031, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Diante de tal posicionamento, para que se evitem o prejuízo ao credor e o desestímulo à arbitragem, a doutrina vem buscando saídas legais, afirmando que é possível o pagamento espontâneo da decisão arbitral desde que haja previsão anterior na Lei Orçamentária Anual, nos termos do artigo 167, II da Constituição Federal.

Também há entendimento de que não existe necessidade de obedecer ao sistema de precatórios se houver previsão legal e contratual no sentido de se eleger fundo específico para pagamento da sentença arbitral ou, ainda, por destinação específica de bens afetados para tal fim.

Quanto aos custos da arbitragem, a legislação tem buscado solução de se atribuir ao contratante a obrigação de antecipação dos custos, ressarcidos ao final pela Administração, em caso de sucumbência.

Para empresas públicas e sociedade de economia mista, não se aplica o regime de precatórios, facilitando o pagamento dos custos de arbitragem, os quais podem ser regulados por contrato ou compromisso arbitral, além do pagamento espontâneo das condenações em decorrência de sentença arbitral, visto que basta haver provisionamento na contabilidade das referidas empresas, além de ser possível a execução forçada do título executivo arbitral.

Conclusão

A arbitragem na Administração Pública sofreu grande avanço nos últimos anos, especialmente em decorrência da Lei nº 13.129/15, a qual deu segurança jurídica para que os administradores e advogados públicos pudessem estipular sua prática. Para as empresas públicas, apesar de haver entendimento anterior à referida lei quanto à possibilidade da utilização da arbitragem, também foi um importante fator de estímulo, na medida em que impulsionou os árbitros e as Câmaras de Arbitragem a desenvolver procedimentos adaptados às peculiaridades do Direito Administrativo.

O desenvolvimento doutrinário no sentido de compatibilizar os princípios administrativos da legalidade, publicidade e supremacia do interesse público também é importante fator no estímulo à realização da arbitragem pela Administração Pública.

Ainda existem algumas questões importantes que pesam no sentido contrário à utilização da arbitragem, em especial no tocante ao pagamento dos custos da arbitragem e da obrigatoriedade de submissão ao sistema de precatórios. A doutrina e a legislação recente, como a nova Lei de Introdução às

Normas de Direito Brasileiro (LINDB), no entanto, vêm tomando a dianteira para dar fundamentos e segurança aos atores da Administração ao buscar alternativas, como atribuir aos fundos públicos e a imóveis afetados a responsabilidade pelos pagamentos, estimulando assim a adoção da arbitragem.

O terreno está bem menos árido para o Administrador, e as dificuldades apresentadas, ao nosso ver, devem ser superadas em curto espaço de tempo.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **A arbitragem no direito administrativo**. Revista de Arbitragem e Mediação, nº 54, jul./set. 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Administração Pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 8, n.51, p. 7-21, jul./ago./set. 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2250894/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf. Acesso em 20 jul. 2019.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Livro Digital. (1 recurso online). ISBN 9788530979577. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530979577>. Acesso em: 17 jul. 2019.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. São Pulo: Lumem Juris, 2013.

_____. **Arbitragem e Administração Pública:** a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo. Tese de Doutorado, PUC-SP, 2018.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Arbitragem e Administração Pública:** contribuição para o sepultamento do tema. In: Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, n. 54. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública**. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coords.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP:** tomo di-

reito administrativo e constitucional. Disponível em https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica_58eda5e648667.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais**. In Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2003.

A base consolidada da dignidade da pessoa humana - fundamento genuíno no estabelecimento eficaz de uma sociedade justa e pacifica

Meirebele Ferreira da Silva Castro
Assessora Jurídica no Banco do Brasil S.A
Especialista em Direito Constitucional (Uniderp)
Especialista em Direito Processual Civil (Uniderp)

RESUMO

Este artigo propõe uma reflexão sobre a inerência da dignidade à natureza do ser humano, e o quanto, nessa condição, lhe gera uma força propulsora, impulsionando-o como indivíduo e enquanto ser social. A proposta é de uma abordagem serena, a partir das doutrinas referenciadas, com o intuito de corroborar o reconhecimento tanto da inerência da dignidade à pessoa humana, como da natural e consequente força que emana desse atributo, impulsionando a vida de cada indivíduo, capacitando-o a promover a concretização e o contínuo aperfeiçoamento do *status* de harmonia, justiça e paz no seu contexto social.

Palavras-chave: Dignidade. Força propulsora. Fundamento. Paz social.

ABSTRACT

The purpose of this article is to propose a reflection on the human dignity while an inherent attribute of the human being, and to bring considerations on how, in this condition, this dignity can be a driving force that powers man in his individual as much as in his social life. The intention is offering support to the recognition not only of the inherence of dignity to man's nature, but also of the natural e resultant force that comes from this attribute, which encourages him to move on toward the achievement and constant improvement of his social life status of harmony, justice e peace.

Key words: Dignity. Moving force. Foundation. Social peace.

Introdução

Neste artigo, propomos uma reflexão sobre a dignidade humana, considerando a importância da sua percepção como um dos atributos inerentes à vida do homem, visando à avaliação do nosso discernimento da relevância dessa inerência – hoje devidamente reconhecida e positivada na maioria dos Estados soberanos–, o que consolida a dignidade como base fundamental na concretização de relações sociais justas e equânimes, e como o princípio balizador em um Estado Constitucional.

Inicialmente, tecemos algumas considerações sobre o conceito da dignidade, o qual está intimamente ligado ao conceito do ser humano, bem como à qualidade de suas relações sociais. A dignidade humana, assim como a justiça e a equidade serão tanto mais concretas na vida do homem quanto ele for mais consciente de si mesmo, de seu propósito; o quanto ele for sensível e, assim, capaz de reconhecer a realidade, sem distorcê-la.

Em seguida, analisamos a ação da força que emana do senso dessa dignidade, constituindo um dos principais propulsores do movimento do homem em defesa da integridade da vida, sempre que esta se encontra sob ameaça ou ataque, visando a estabilizar a justiça e erradicar agressões e abusos resultantes de distúrbios de indivíduos ou grupos sociais excêntricos. Destacamos que essa força propulsora acompanha a história da vida humana em sociedade, sendo o essencial agente a instigar o reconhecimento, bem como a positivação da dignidade humana como princípio e norma fundamental, hoje universalmente estabe-ecida.

Com o fim de realizarmos uma exposição mais clara e objetiva de nossa percepção sobre o tema, nos propomos a abordá-lo nos seguintes aspectos: 1) A dignidade e o conceito da pessoa humana; 2) O senso propulsor que emana da inerente dignidade humana; 3) A dignidade da pessoa humana nas relações sociais; 4) A dignidade humana como propulsora no desenvolvimento do Estado Constitucional.

1 A dignidade e o conceito da pessoa humana

O conceito de dignidade está intimamente ligado ao conceito do ser humano. Conseguimos entender melhor o conceito de dignidade na medida de nossa percepção de quem é o homem e de sua essência.

Essa concepção pode variar bastante de uma comunidade para outra, e de pessoa para outra, mesmo dentre as que pertencem a uma mesma comunidade, uma vez que está ligada à

visão que cada grupo e cada pessoa têm da própria existência, da vida. Na mesma medida, variam as formas de suas inter-relações sociais e percepções de justiça, cuja consecução é missão atribuída ao Estado Constitucional.

Nessa seara, encontra-se a antiga, mas sempre viva, discussão entre as duas principais ideologias jurídicas, a do direito natural *versus* direito positivo. Contudo, este artigo não pretende retomar essa discussão em pormenores. Nossa abordagem se restringe às premissas fundamentais, mormente quanto ao aspecto da natural e consequente relação entre a percepção da natureza do homem e a qualidade da ordem social, destacando a relevância desse entendimento no estabelecimento e desenvolvimento de uma ordem jurídica eficaz na garantia de convivências sociais justas e harmônicas.

Assim, para o Direito, as definições de homem e de dignidade humana lhe são premissas fundamentais, das quais se têm originado diversas ideologias jurídicas, destacando-se as do direito natural e do direito positivo. Nesse sentido, segundo Roberto Lyra Filho[1], essas ideologias são

> O conjunto de ideias duma pessoa ou grupo, a estrutura de suas opiniões, organizada em certo padrão, a qual pode ser afetada e apresentar deformações de raciocínio, em decorrência de diversos condicionamentos, especialmente os sociais.
> É possível mostrar que as abordagens diversas não se excluem reciprocamente, mas, ao contrário, se integram representando, simplesmente, modos distintos de colocar-se o observador perante o mesmo fenômeno...

A meu ver, essas doutrinas não devem ser vistas como antíteses. Na verdade, constata-se entre elas uma interdependência, uma dialética, pela qual se percebe a instrumentalidade do direito positivo face o direito natural, na medida em que aquele é utilizado como fonte na formalização deste como norma social.

Visto ser o direito natural sede que acampa as primeiras percepções e conceitos, nele se encontra uma das principais fontes das inúmeras teorias que tratam da existência, do cosmos, da vida, do homem. Dada a vasta quantidade dessas teorias, para fins desta reflexão, abordaremos as duas mais conhecidas, quais sejam, a visão judaico-cristã e a visão naturalista, em que os conceitos de homem, bem como de seus atributos, assumem naturezas diametralmente opostas.

---

[1] LYRA FILHO, 2007, p. 7- 48.

Segundo Jonatas Machado[2], a visão naturalista e secularizada é ateísta e se assenta em processos naturais e aleatórios, enquanto que a visão judaico-cristã se assenta na existência de um Deus pessoal, moral, racional, verdadeiro, justo e bom, que criou o homem à sua imagem, dotando-o de valor intrínseco.

Na visão naturalista e secularizada, entende-se que tudo o que existe, inclusive o homem, é fruto de um início casual, como uma grande explosão em si, a partir da qual todo o universo se estabeleceu e evoluiu até o estágio atual. Por outro lado, na visão judaico-cristã, entende-se que tudo que existe é fruto do Deus criador, que permitiu toda a criação, a qual em todo o tempo se rege por Seus princípios. São duas visões de mundo marcadas por suas antagônicas perspectivas de vida e de ser humano.

Ante os fenômenos da vida e do cosmos, vê-se que, em essência, todos querem a verdade e acreditam no que acreditam enquanto é o que entendem. Por isso, a visão de vida, de homem e de relações sociais varia não só entre as perspectivas de comunidades distintas, mas também no entendimento íntimo de cada indivíduo ao longo de sua experiência.

O homem tem liberdade de pensamento e de crença; contudo, destaca-se que a forma como ele se vê no plano da existência influencia diretamente também na sua forma de perceber e realizar as suas inter-relações. Trata-se de dilema antigo. Mas, na consideração dessas duas cosmovisões, destaca-se a plausibilidade da visão judaico-cristã, dos que acreditam que o homem não é fruto de um acaso, mas, sim, que, assim como tudo que existe, faz parte da criação e do plano do Deus criador.

Acreditar em Deus significa reconhecer que Ele, e não o homem, é o centro de tudo e autor dos princípios que regem a vida e todo o universo. Há, por muitos, um certo receio em se acreditar nessa realidade, por parecer muito simples e confrontar o ego humano. Por outro lado, o pensamento de que tudo é obra de um acaso sucedido de uma evolução é temeroso. É como acreditar que do caos vem a ordem por si mesma. Popularmente, se diz que tal pensamento é como acreditar que da explosão de uma fábrica de papel caiam livros já encadernados e

---

2 MACHADO, 2013, p. 8 e 9 (Nota Prévia. ***Jónatas E. M. Machado*** *é Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, leciona Direito Internacional Público e Direito da União Europeia. Em 1993, obteve o grau de Mestre com a tese intitulada Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva. Em 2001, obteve o grau de Doutor, com a tese Liberdade de Expressão.)*

com textos escritos, os quais, com o tempo, vão se empilhando e se catalogando por si mesmos!

Nas palavras de Jonatas Machado[3],

> É ilógico negar a existência do ar ao mesmo tempo que se respira enquanto se procede a essa negação. Semelhante tentativa é irracional e autorrefutante. Mas terá sentido negar a existência de Deus e ao mesmo tempo afirmar a primazia normativa, a intemporalidade e a universalidade de determinados valores fundamentais da dignidade humana, liberdade, igualdade e justiça? Não se estará assim a procurar harmonizar uma premissa que serve de base a uma dada visão de mundo com uma conclusão pertencente a outra visão de mundo completamente diferente? Será que de uma visão de mundo ateísta e naturalista, que concebe o homem como o resultado acidental e altamente improvável de processos físicos e químicos aleatórios e de milhões de anos de predação, sofrimento, morte e extinções maciças, é possível deduzir logicamente a primazia e universalidade daqueles valores?

Em linha com esse pensamento, frisa-se ainda que a visão judaico-cristã crê no Deus criador, que existe antes e independentemente do homem. Nesse sentido, depara-se ainda com mais outra questão polêmica. Dentre aqueles que creem em Deus, há uma pluralidade de perspectivas, as quais também fazem oscilar o entendimento de quem é o homem e da sua dignidade. É certo que as perspectivas do ser de Deus podem e naturalmente irão variar, uma vez que os indivíduos sofrem os limites de contexto, tanto pessoais como sociais, em suas percepções de vida e de mundo, e que só podem entender o que tiverem oportunidade de conhecer. Entretanto, em que pese a divergência do grau de percepção de vida de cada um, mister é o reconhecimento de que a realidade é o que é e como é; de que a existência é o que é e como é, independentemente da visão humana.

Visando a ilustrar essa pluralidade de perspectivas, destacamos uma passagem dos relatos bíblicos, no livro de Atos, em que o autor, o apóstolo Paulo, registra a percepção do homem de que há um Deus real, independentemente dos moldes humanos, *in verbis:*

> Porque, passando eu e observando os objetos do vosso culto, encontrei também um altar em que estava escrito: ao Deus desconhecido. Esse, pois, que vós

[3] MACHADO, 2013, p. 8 e 9.

> honrais sem o conhecer, é o que vos anuncio. O Deus que fez o mundo e tudo o que nele há, sendo ele Senhor do céu e da terra, não habita em templos feitos por mãos de homens; nem tampouco é servido por mãos humanas, como se necessitasse de alguma coisa; pois ele mesmo é quem dá a todos a vida, a respiração e todas as coisas. (Atos, 17, 23-25)

Nessa passagem, o apóstolo constata que, apesar da tendência do homem em moldar a Deus às suas limitações, em seu íntimo reconhece que Deus está além do que ele pode perceber. Paulo está falando a uma multidão, que se encontrava no tribunal de justiça que funcionava a céu aberto em Atenas, que o Deus que eles sabem existir, mas que consideram como desconhecido, e que não é moldado, nem moldável, por mãos humanas, é que é o Deus verdadeiro. Esclarece que esse Deus possui seus próprios atributos; é Ele quem governa e está acima de todos, independentemente da percepção humana. Assim, ressalta-se a importância do reconhecimento do real ser de Deus e de Seus princípios, o que, por conseguinte, favorecerá o discernimento do homem quanto a si mesmo e a tudo que o cerca, acarretando ajustes na sua consciência e conduta, bem como em sua convivência social.

O alerta se refere à ansiedade humana. O homem tem dificuldade em reconhecer quem Deus é, e que cabe a ele esforçar-se nesse exercício. Desconsiderando a própria limitação, e, às vezes, motivado por medo ou ambição ou mesmo por necessidade de 'segurança', tende a moldar a Deus a sua perspectiva de vida, com base em seus sentimentos e doutrinas morais, estas, muitas vezes, chamadas de 'construções conceituais'. No entanto, essa atitude se mostra nociva, na medida em que, com base em conceitos assim construídos, o homem acaba por cercar-se de relativismos – aquém dos reais princípios de vida –, que o conduzem à formação de uma sociedade igualmente relativista, egocêntrica e instável.

A percepção e o conceito da realidade devem basear-se não na conveniência do homem em si, mas sim na realidade existente, à qual ele deve ser sensível. Portanto, a sensibilidade se mostra o instrumento inicial ao homem no exercício do seu discernimento quanto a si mesmo e à sua inerente dignidade.

Nessa perspectiva, pode-se concluir que quanto mais sensível à realidade, à existência, tal como ela é, melhor será a percepção, compreensão e efetiva realização do homem, de quem ele é em essência e dos seus atributos, especialmente o da dignidade. Consequentemente, tanto melhores – mais justas, equâni-

mes e harmônicas – serão as suas relações sociais e as normas positivadas.

2 O senso propulsor que emana da inerente dignidade humana

Partindo do pressuposto de que o homem se apoia no Criador, vê-se que a genuína dignidade humana não é fruto das limitadas construções ideológicas antropocêntricas, ao longo de uma evolução. Por mais refinadas que sejam, essas ideologias só se aproveitam quando e na medida em que se demonstram coerentes com a realidade transcendente. Entendendo que a dignidade nos é dada como um dos nossos atributos, pode-se perceber que, por essa razão, tem subsistido e tem sido um dos propulsores da atuação do homem em prol da preservação de uma condição de vida, quer individual, quer socialmente falando, em que essa dignidade seja respeitada e cada vez mais defesa contra as ameaças e os riscos decorrentes das diversas distorções e perversidades de muitos.

Ao longo da história da humanidade, a dignidade humana, ou o senso dessa dignidade, tem sido um dos principais instrumentos com que o homem tem demonstrado ser capaz não só de resistir à relatividade das percepções advindas dos diversos universos culturais, mas também, em muitos casos, de se restabelecer, independentemente de sua localização, raça ou credo.

Daí pode-se inferir que a dignidade é não só um componente intrínseco do caráter do indivíduo, mas também aquele capaz de lhe gerar, nos mais diversos contextos de vida, indistintamente, a mesma força propulsora, que o leva não só a buscar uma vida digna, mas também a reagir e lutar diante das ameaças a esse seu básico *status* de subsistência.

3 A dignidade da pessoa humana nas relações sociais

A relação entre o conceito de dignidade com o de ser humano implica diretamente na qualidade das relações sociais. Estas serão tanto mais justas e pacíficas quanto melhor for o conhecimento do homem de si mesmo, de sua natureza, do seu propósito.

Fugindo das ideologias relativistas, com sensibilidade, vê-se que a dignidade não é fruto da inteligência ou da ação humana em si, mas, sim, um atributo recebido. Sendo assim, tem-se que a defesa da justiça e da paz nas relações sociais será tanto mais efetiva quanto maior a coerência da conduta do homem

com quem ele é, com sua essência. Trata-se de um exercício de vivência pacífica que, a meu ver, se inicia com a sensibilidade e o senso de compromisso.

Ainda nos relatos bíblicos escritos pelo apóstolo Paulo, agora em sua carta aos Romanos, capítulo 1, versos 18 a 20, ele diz que

> ... A ira de Deus é revelada dos céus contra toda a impiedade e injustiça dos homens que suprimem a verdade pela injustiça. Porquanto, o que de Deus se pode conhecer, se manifesta nos homens, porque Deus lhes manifestou. Pois os atributos invisíveis de Deus, o seu eterno poder e divindade, são claramente vistos desde a criação do mundo, sendo percebidos mediante as coisas criadas, de modo que tais homens são inescusáveis.

Nessa passagem, o apóstolo ilustra a indesculpabilidade dos homens por seus, em outras palavras, atos de perversão ou mesmo desregramentos, posto que toda a criação e o próprio senso de vida colocado em seus corações lhes revelam quem e como Deus é, o que, naturalmente, o impele a uma vida digna e justa. Paulo enfatiza que, em sua liberdade, o homem pode até decidir por prescindir do respeito aos fundamentais princípios de vida, contudo, dos seus desvios não poderá se escusar.

O homem sensível pode perceber que o que ele quer para si, isso deve fazer aos outros, e o que não quer, isso não deve fazer. Logo, trata-se da primeira medida de justiça, inscrita na alma humana, que independe de maior conhecimento ou explicação. Dessa forma, pode-se inferir que a dignidade humana é base sedimentar que dá suporte ao modo de viver e de conviver dos homens no ínterim desse caráter inicial a ele atribuído.

Juridicamente, vemos que as normas atualmente positivadas, referentes aos direitos humanos e à justiça social, são o resultado de um reconhecimento que se aperfeiçoou nas inter-relações ao longo da história da humanidade. Como dissemos, diante da ação da perversidade de muitos, o homem se viu compelido a buscar meios não só de defesa, mas também de garantia do respeito mútuo, por todo e cada indivíduo, contra toda e quaisquer outras tentativas de ameaça ou agressão à pessoa humana e à sua dignidade.

Um dos marcos desse movimento se encontra no período da Segunda Guerra Mundial, em que se destaca a luta do homem em defesa da sua integridade, culminando na positivação do principal conjunto de normas acerca dos direitos humanos, a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, documento que,

hodiernamente, compõe a base da Constituição de todo Estado Democrático de Direito, incluindo o Brasil[4].

Pode-se ver nesse processo o reconhecimento da transcendência dos direitos humanos, um conjunto de prerrogativas da personalidade que o direito deve proteger e preservar. Muitos são os autores que compartilham dessa perspectiva, achando-se alguns mesmo dentro aqueles que não defendem a visão judaico-cristã, a exemplo de Fabio Comparato[5], quando afirma que o que valida o fundamento dos direitos humanos está assentado em algo mais profundo e permanente que a ordenação estatal em si, sendo essa base a própria dignidade da pessoa humana, a própria natureza do homem enquanto não corrompida.

4 A dignidade humana como propulsora no desenvolvimento do Estado Constitucional

Uma das questões por décadas em discussão na doutrina constitucional refere-se à legitimidade da existência de algumas manifestações expressas de reconhecimento dos fundamentos teístas do Estado Constitucional.

Machado[6] defende que a defesa da primazia dos valores do Estado Constitucional só é possível a partir de uma visão teísta de mundo e de vida que corresponda, no essencial, à matriz judaico-cristã. Defender a dignidade e os direitos humanos fundamentais face o poder político só se faz viável pelo reconhecimento da sua origem transcendente. Uma concepção naturalista e ateísta do mundo, sob a pressuposição de anos e anos de processos físicos de crueldade predatória, dor, sofrimento e morte, não pode identificar os valores que devem reger a vida em comunidade, nem justificar racionalmente a primazia normativa e universal de tais processos.

O Estado Constitucional e os direitos humanos fundamentais internacionalmente reconhecidos, ao se basearem na existência de valores morais absolutos, pressupõem, mesmo inconscientemente, a existência de um Deus, cuja bondade, justiça, moral e onipresença manifestem esses valores e justifiquem a sua primazia e validade universal.

---

4 Os direitos e garantias fundamentais estão previstos na Constituição Federal de 1988, em seu Título II, subdividido em cinco capítulos: a) Direitos individuais e coletivos; b) Direitos sociais; c) Direitos de nacionalidade; d) Direitos políticos e e) Partidos políticos.

5 COMPARATO, 2014.

6 MACHADO, 2013, p. 28 a 59.

Entretanto, em que pese o Estado Constitucional ter como uma de suas características a adoção de valores absolutos e transcendentais, tal base não o impede de ser religiosamente neutro. Ou seja, um dos princípios que regem o Estado é o da neutralidade religiosa, segundo o qual, ainda que o Estado se baseie em valores teístas, mormente os oriundos da visão judaico-cristã, deve impedir que a máquina estatal seja instrumento de poder político pelos poderes religiosos, e vice-versa, e, ao mesmo tempo, promover a autonomia das confissões religiosas, salvaguardando o direito à igual dignidade e liberdade de todos os indivíduos, deixando a escolha em matéria de visões do mundo, religiosas ou não, no campo individual, fora do alcance dos poderes coercitivos do Estado.

Assim, o Estado Constitucional se fundamenta na convicção da realidade de um conjunto de valores fundamentais, objetivos, pré-políticos e pré-jurídicos, acima de toda forma de poder, reconhecidos por todos os seres humanos, pressupondo a existência de um Criador racional, verdadeiro, bom, justo e onipresente, que deu origem a tais valores, dotados de validade universal e capazes de promover uma coexistência pacífica, harmoniosa e humanamente produtiva entre todos os indivíduos.

Foi essa a crença subjacente ao pensamento daqueles que, inicialmente, defenderam direitos fundamentais, como a liberdade de consciência e de religião, a liberdade de expressão, o princípio da igualdade e o dever de solidariedade. Sustentaram que os direitos fundamentais eram realidades naturais, os quais o poder político e o direito devem reconhecer e por eles se limitar. Para o constitucionalismo moderno, uma Constituição seria tanto mais legítima e digna de respeito quanto mais incorporasse princípios fundamentais tidos como intrinsecamente válidos, dotados de transcendência, objetividade e universalidade. O que se vê é que os mesmos valores estão hoje presentes na maioria das Constituições do mundo.

Ainda que não expressamente, vê-se nos posicionamentos de Ingo Sarlet[7] a mesma defesa quanto à transcendência da dignidade humana. *In verbis,*

> ... na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tare-

[7] SARLET, 2015, p. 56 a 58.

> fa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, comunidade...

Tendo em vista ser o homem dotado de atributos que lhes são inerentes e intrínsecos, incluindo a dignidade, uma questão intrigante é "por que é necessário o estabelecimento de um governo estatal, se o homem assim caracterizado é potencialmente hábil, por natureza, a uma convivência justa e pacífica?"

Nesse ponto, destacamos outra importante função do Estado Constitucional, a de garantidor da ordem reconhecida e estabelecida face a falibilidade humana. A resposta a essa questão é que, em que pese seus atributos, a consciência do homem é corruptível, falível. Ao longo da História, vê-se que as ações de muitos afetaram negativamente outros indivíduos, a comunidade, o meio em que vivem. Por ser o homem falível em sua consciência, e, assim, potencial gerador de preconceitos, maus hábitos, distorções culturais e psicológicas, degradação das estruturas biológicas e neurológicas, etc., faz-se, pois, mister que o Estado Constitucional tenha, como parte de sua missão, o dever de lhe impor as devidas limitações. Ou seja, embora o Estado pressuponha a existência de um padrão objetivo e universal de valores e princípios morais, anterior e superior às valorações e às condutas humanas, ao mesmo tempo lhe reconhece a tendência para a corrupção em diversos sentidos, moral, religioso, político, jurídico, econômico, etc., devendo a confiança na potencialidade humana sempre coexistir com uma medida razoável de desconfiança e precaução; devendo a liberdade individual sempre se limitar pela possibilidade de restrição, em todos os domínios da vida. Assim, por precaução, o discernimento dos valores, princípios e regras que devem reger as atividades do Estado e garantir a sua legitimidade não deve caber a um indivíduo ou a um grupo, mas, sim, à comunidade de todos os cidadãos socialmente organizados. Nesse sentido, defende Machado[8] que

> O reconhecimento da legitimidade e da necessidade do combate à corrupção, ao arbítrio, à prepotência, à criminalidade, à poluição do ambiente, etc., aí está para demonstrar que o Estado Constitucional parte do princípio de que nem todos os comportamentos

[8] MACHADO, 2013, p. 49.

> humanos são igualmente valiosos e legítimos. Uma das razões para a defesa da liberdade de expressão e informação, a nível interno e internacional, diz respeito à necessidade de controlar as patologias associadas ao exercício do poder nos vários domínios da vida social. A necessidade do um governo é justificada pela tendência humana para sobrepor os interesses, os instintos e as paixões à lei moral, considerando-se que sem o poder político seria impossível o próprio gozo dos direitos naturais. Só um governo legítimo, conforme aos princípios morais fundamentais, é que poderia propiciar as condições necessárias à garantia desse objetivo de modo compatível com o bem comum. James Madison afirmou eloquentemente que se os seres humanos fossem anjos nem o governo nem a separação de poderes seriam necessários.

Todavia, vale ressaltar que a assinalada propensão para a corrupção moral não anula a essência da dignidade humana. Apesar de sua falibilidade, no âmago, há nos corações humanos um desejo, ainda que inconsciente, por um *status* de vida e convivência regidos pela paz, pela justiça. Entretanto, para a consecução desse objetivo, o homem precisa se apoiar no próprio Deus, iniciando pelo exercício da sensibilidade e respeito aos atributos divinos que subsistem em sua natureza humana.

Conclusão

Nesta reflexão, discorremos sobre a importância do reconhecimento pelo homem de quem ele é e da inerência da dignidade à natureza humana, concluindo que a dignidade humana, com sua universalidade e transcendência, sendo um dos atributos do homem, constitui-se em uma base consolidada capaz não só de o firmar, mas também de impulsioná-lo à busca do estabelecimento e desenvolvimento de relações sociais cada vez mais coerentes, justas e estáveis.

Essa mesma base consolidada se constitui também como suporte na instituição e revisão de normas, de forma que sejam cada vez mais eficazes para favorecer e garantir o respeito a essa básica condição da vida humana, propiciando o aperfeiçoamento das sociedades que se regem por esses princípios.

Ainda que atualmente a dignidade humana e os direitos humanos fundamentais encontram-se em um *status* de proteção relativamente seguro, mister se faz que o homem permaneça firme no exercício de sua sensibilidade e sã consciência, de modo a viabilizar o contínuo aperfeiçoamento dessa concretização, necessário à manutenção e ao desenvolvimento de sociedades so-

lidamente justas e pacíficas, coerentes com a natureza humana, em essência, dotada de dignidade e ética.

Referências

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico.** 1. ed. São Paulo: Unesp, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos.** Texto disponível em www.iea.usp.br/artigos, pesquisa em 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRUDEM, Wayne A. **Politics – according to the Bible: a compre-hensive resource for understanding modern political issues in light of scripture**. Michigan: Zondervan, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito. Coleção primeiros passos-62**. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2007.

MACHADO, Jónathas E. M. **Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível na internet: http://www.mundojuridico.adv.br

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed., rev., atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil:** Riscos e possibilidades. Disponível em: http://www.edotoraforum.com.br.

Parte 2

Jurisprudência

Supremo Tribunal Federal

Programa de Arrendamento Residencial – PAR. Imunidade tributária. Tema 884 da Repercussão Geral.[1]

EMENTA OFICIAL

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL – PAR. POLÍTICA HABITACIONAL DA UNIÃO. FINALIDADE DE GARANTIR A EFETIVIDADE DO DIREITO DE MORADIA E A REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SOCIAL. LEGÍTIMO EXERCÍCIO DE COMPETÊNCIAS GOVERNAMENTAIS. INEXISTÊNCIA DE NATUREZA COMERCIAL OU DE PREJUÍZO À LIVRE CONCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

1. Os fatores subjetivo e finalístico da imunidade recíproca em relação ao Programa de Arrendamento Residencial estão presentes, bem como a estratégia de organização administrativa utilizada pela União – com a utilização instrumental da Caixa Econômica Federal – não implica qualquer prejuízo ao equilíbrio econômico; pelo contrário, está diretamente ligada à realização e à efetividade de uma das mais importantes previsões de Direitos Sociais, no *caput* do artigo 6º, e em consonância com um dos objetivos fundamentais da República consagrados no artigo 3º, III, ambos da Constituição Federal: o *direito de moradia e erradicação da pobreza e a marginalização com a redução de desigualdades sociais*.

2. O Fundo de Arrendamento Residencial possui típica natureza fiduciária: a União, por meio da integralização de cotas, repassa à Caixa Econômica Federal os recursos necessários à consecução do PAR, que passam a integrar o FAR, cujo patrimônio, contudo, não se confunde com o da empresa pública e está afetado aos fins da Lei 10.188/2001, sendo revertido ao ente federal ao final do programa.

3. O patrimônio afetado à execução do Programa de Arrendamento Residencial (PAR) é mantido por um fundo cujo patrimônio não se confunde com o da Caixa Econômica Federal, sendo formado por recursos da União e voltado à prestação de serviço público e para concretude das normas constitucionais anteriormente descritas.

4. Recurso extraordinário provido com a fixação da seguinte tese: TEMA 884: *Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR,*

[1] Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341089632&ext=.pdf>.

criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição Federal.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Plenário, sob a Presidência do Senhor Ministro DIAS TOFFOLI, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, apreciando o tema 884 da repercussão geral, acordam em dar provimento ao recurso extraordinário para extinguir a execução com relação aos valores cobrados a título de IPTU, condenando-se o recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, por maioria, acordam em fixar a seguinte tese: "Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Fereral", vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: pela recorrente, o Dr. Gryecos Attom Valente Loureiro; pelo amicus curiae Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras - ABRASF, o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva; e, pelo amicus curiae Municipio de São Paulo, o Dr. Felipe Granado Gonzáles, Procurador do Município de São Paulo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski.

Brasília, 17 de outubro de 2018.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES, Relator.

RE 928.902 . Plenário. DJe 12/09/2019

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em execução fiscal ajuizada pelo Município de São Vicente em face da Caixa Econômica Federal (CEF). Na exceção de pré-executividade, a CEF alegou que o imóvel a que se referem os tributos pretendidos pelo exequente pertence ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR) e, portanto, é de propriedade da União, sendo abrangido pela imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região manteve decisão que rejeitara a exceção de pré-executividade, nos termos da seguinte ementa do aresto recorrido (fl. 46):

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). LEI N. 10.188/01. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

> 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de não gozar a CEF de imunidade tributária, na hipótese de propriedade fiduciária, em programa de arrendamento residencial -PAR, instituído pela Lei 10.188/01.
> 2. Caso em que, a matrícula do imóvel, no registro competente, revela a sua aquisição pela CEF, ainda que no âmbito do PAR, o que, perante a Municipalidade, torna a agravante a efetiva contribuinte do IPTU e taxas do lixo e sinistro, não havendo que se cogitar, em favor de empresa pública, de imunidade recíproca, de acordo com a jurisprudência firmada, indicativa da manifesta inviabilidade do pedido de reforma.
> 3. Agravo inominado desprovido."

No Recurso Extraordinário, sustenta-se, preliminarmente, a existência de repercussão geral da matéria, conforme estabelece o art. 543- A, § 2º, do CPC/1973, suscitando a relevância da matéria sob a ótica econômica, política e social.

Sublinha-se que o art. 150, VI, I, da CF/88 foi violado, pois (a) "nos termos da Lei Federal n. 10.188/2001, o FAR Fundo de Arrendamento Residencial é constituído de patrimônio único e exclusivo da União Federal, sendo somente administrado e operacionalizado pela CAIXA, para fins de consecução do programa" (fl. 49v); (b) "para a constituição do FAR foram utilizados recursos de vários outros programas como o FAS, FINSOCIAL, PROTECH, FDS, além de empréstimos contraídos com o FGTS, tudo nos moldes do art. 3º da Lei 10.188/2001, sendo indiscutível o caráter público federal do seu patrimônio" (fl. 49v); e (c) "se uma das limitações ao poder de tributar é exatamente a impossibilidade de instituição de tributos, por um ente federado, sobre o patrimônio de outro ente, tem-se que o patrimônio do FAR, constituído de bens e rendas da União Federal, como no caso do imóvel anteriormente descrito, que deu ensejo ao ajuizamento da presente demanda executiva fiscal, é imune a tributos, entre eles o IPTU, que dá embasamento à presente ação executiva" (fl. 49v).

Ainda, aduz-se que (a) "no âmbito do PAR, a CAIXA é mero instrumento concretizador de um programa habitacional capitaneado e custeado pela União Federal, sendo esta empresa pública delegatária da União Federal na prestação de típico serviço público, totalmente segregada de sua atividade econômica" (fl. 50); (b) "a CAIXA, ao cumprir com as atividades operacionais do PAR (...) não realiza atividade econômica, nem tampouco lucrativa" (fl. 52); (c) "a concessão da imunidade não causará efeito algum à concorrência ou à livre-iniciativa, uma vez que se trata de serviço público típico e de cumprimento de política pública social de moradia" (fl. 52); e (d) "a tributação dos imóveis do FAR oneram diretamente a União Federal, financiadora do fundo, ferindo o pacto federativo" (fl. 52).

Ao final, postula-se o provimento do Recurso Extraordinário a fim de ser reconhecida "a imunidade tributária recíproca extensível ao imóvel tributado objeto da presente ação, reformando integralmente o v. acórdão recorrido e invertendo-se os ônus sucumbenciais" (fl. 56).

Em sede de contrarrazões, a parte recorrida requer o desprovimento do recurso.

O Recurso Extraordinário foi admitido na origem, sendo determinada sua remessa a esta Corte como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC/1973.

A questão foi submetida ao Plenário Virtual, oportunidade em que foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia, cuja ementa estampa o seguinte teor (DJe de 8/4/2016):

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IPTU. IMÓVEIS INTEGRADOS AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL – PAR, CRIADO E MANTIDO PELA UNIÃO. MANUTENÇÃO DOS BENS SOB A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). APLICAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A"). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à existência ou não de imunidade tributária (CF, art. 150, VI, "a"), para efeito de IPTU, no tocante a bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da Caixa Econômica Federal (CEF), mas que não se comunicam com seu patrimônio, segundo a Lei 10.188/01, porque integrados ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado e mantido pela União, nos termos da referida lei. 2. Repercussão geral reconhecida."

O tema do recurso piloto foi tombado nesta SUPREMA CORTE portando a seguinte numeração e o respectivo teor:

> "884 - Imunidade tributária recíproca em relação ao IPTU incidente sobre bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da Caixa Econômica Federal, mas que não se comunicam com o patrimônio desta, porque integrados ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado e mantido pela União, nos termos da Lei 10.188/2001."

O saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI determinou a "suspensão do processamento de todas as demandas pendentes que tratem da questão em tramitação no território nacional (CPC/2015, art. 1.035, § 5º) (Dje de 6/6/2016).

A Caixa Econômica Federal apresentou pedido com vistas a desistir do apelo extremo interposto, o que foi indeferido em 22/3/2016, dado o seu descabimento, pois já se havia iniciado o seu julgamento no Plenário Virtual desta CORTE (doc. 8).

A Procuradoria-Geral da República opinou em seu parecer pelo desprovimento do Recurso Extra-

ordinário, assentando pela fixação da tese de que "*não goza a Caixa Econômica Federal de imunidade tributária relativamente aos imóveis integrantes do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), criado pela Lei 10.188/2011, sob sua propriedade fiduciária* " (fl. 15, doc. 24).

O Município de São Paulo e a Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais – ABRASF requereram ingresso nos autos na qualidade de *amici curiae*, tendo seus pedidos deferidos (docs. 30 e 34 dos autos eletrônicos).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR): Trata-se de Recurso Extraordinário interposto em execução fiscal ajuizada pelo Município de São Vicente em face da Caixa Econômica Federal (CEF). Na exceção de pré-executividade, a CEF alegou que o imóvel a que se referem os tributos pretendidos pelo exequente pertence ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR) e, portanto, é de propriedade da União, sendo abrangido pela imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região manteve decisão que rejeitara a exceção de pré-executividade.

O Recurso Extraordinário foi admitido na origem, sendo determinada sua remessa a esta CORTE como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-B, § 1º, do CPC/1973.

A questão foi submetida ao Plenário Virtual, oportunidade em que foi reconhecida a repercussão geral da controvérsia, cuja ementa estampa o seguinte teor (DJe de 8/4/2016):

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IPTU. IMÓVEIS INTEGRADOS AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL – PAR, CRIADO E MANTIDO PELA UNIÃO. MANUTENÇÃO DOS BENS SOB A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). APLICAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A"). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à existência ou não de imunidade tributária (CF, art. 150, VI, "a"), para efeito de IPTU, no tocante a bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da Caixa Econômica Federal (CEF), mas que não se comunicam com seu patrimônio, segundo a Lei 10.188/01, porque integrados ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado e mantido pela União, nos termos da referida lei. 2. Repercussão geral reconhecida."

O tema do recurso piloto foi definido nesta SUPREMA CORTE portando a seguinte numeração e o respectivo teor:

> "884 - Imunidade tributária recíproca em relação ao IPTU

> incidente sobre bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da Caixa Econômica Federal, mas que não se comunicam com o patrimônio desta, porque integrados ao Programa de Arrendamento Residencial - PAR, criado e mantido pela União, nos termos da Lei 10.188/2001."

Em resumo, a CORTE definirá se há ou não submissão ao regime de imunidade tributária recíproca (art. 150, VI, a, da Constituição Federal), de imóveis vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial (PAR) instituído pela Lei 10.188/2001.

É importante recuperar, a princípio, os pressupostos dogmáticos que determinaram a positivação das normas de imunidade nos ordenamentos constitucionais.

A elaboração do instituto partiu da premissa de que, nos universos federativos, as competências atribuídas a cada unidade são, na verdade, linhas condutoras a serviço de um mesmo objetivo, que é o projeto constitucional de bem comum. Esse projeto só pode ser executado se todos cumprirem suas respectivas responsabilidades a contento, em regime de cooperação, o que faz com que cada um seja reciprocamente interessado no êxito institucional dos demais. Em termos federativos, portanto, não faz sentido que uma determinada pessoa política venha a impor interesses arrecadatórios em face das demais. Todas devem possuir plena liberdade política para aplicar seu patrimônio, rendas e serviços nos respectivos fins, da maneira que melhor lhes aprouver.

A doutrina das imunidades intergovernamentais surgiu na Corte Suprema Americana, em 1819, no famoso caso *Mac Culloch v. Marland*, em que a Corte entendeu pela impossibilidade de o Estado de Maryland tributar filiais do Banco nacional, tendo MARSHALL definido como previsão constitucional implícita a impossibilidade de "taxação" estadual em instrumentos federais, expondo que, se os Estados pudessem taxar instrumentos utilizados pelo Governo Federal, no exercício de suas atribuições, poderiam intervir no exercício de suas competências constitucionais. No referido julgamento, MARSHALL cunhou a famosa frase, citada internacionalmente, de que "o poder de tributar envolve o poder de destruir" (*the power to tax involves the power to destroy*), ao afirmar que "o direito de taxar, sem limite nem contraste, é, na sua essência, o direito e exterminar, ou de destruir; e, se uma instituição nacional pode ser assim destruída, todas as outras poderão, igualmente, ser destruídas".

A partir desse julgamento, a doutrina da imunidade intergovernamental foi ganhando seus contornos atuais, incluindo, também, a imunidade dos Estados em relação ao Governo federal, assentada na impossibilidade de um ente estatal poder, por meio de tributos, impedir ou mesmo interferir na independência do exercício das competências constitucionais do outro

ente federativo (*Buffington v. Day, United States v. Baltimore and Ohio Railroad Co e Pollok v. Farnesr's Loan & Trust Co*.).

Posteriormente, no final da década de 30, a Suprema Corte Americana especificou que as imunidades recíprocas deveriam ser aplicadas somente em relação ao exercício das competências governamentais, não tendo incidência nas questões de natureza comercial (*Helvering v. Power, Allen v. Regents of University of Georgia, Helvering v. Gearardt, Graves v. ex. re. O'Keefe*).

Assim sendo, também no Brasil, a imunidade recíproca é uma prerrogativa que decorre diretamente da autonomia das unidades federativas (art. 18), e pressupõe mútua autocontenção, no que diz respeito ao exercício das competências tributárias. É por isso que se diz que a imunidade recíproca é uma norma implícita às federações, que em rigor nem necessitaria de previsão expressa.

Imunidade recíproca corresponde, portanto, a um parâmetro oclusivo do poder tributante, por meio do qual o texto constitucional (a) busca afirmar a igualdade dos diferentes entes políticos; (b) preserva a execução federativamente equilibrada das atribuições dos diferentes níveis de governo, sem que possa existir interferência na autonomia de cada um deles; e (c) reconhece que a arrecadação obtida por cada um deles é vertida em prol de finalidades públicas igualmente importantes para a realização dos projetos constitucionais.

Em última análise, é a vinculação às finalidades públicas que legitima a norma imunizante, e é também ela que incompatibiliza o conceito de capacidade contributiva com as receitas públicas. Dada a essencialidade do elemento teleológico, a imunidade recíproca tende a encontrar limitação nas hipóteses em que o patrimônio pertencente aos entes federados perca sua pertinência com vertentes do interesse público. Eis a razão por que as normas do art. 150, §§ 2º e 3º, da CF atrelam a incidência da imunidade ao cumprimento de finalidades públicas, como bem salientado por LUIS EDUARDO SCHOUERI:

> Cabe alertar que nem todas as imunidades têm igual fundamento e igual peso. Deve-se questionar qual a função da imunidade para propor a norma da imunidade." (SCHOUERI, Luís Eduardo. Imunidade tributária recíproca e cobrança de tarifas . In "Direito: teoria e experiência: estudos em homenagem a Eros Roberto Grau". São Paulo: Malheiros, 2013, v. 2, p. 1428-1429)

Os fatores subjetivo e finalístico, apesar de relevantes, não são os únicos a condicionar a incidência da norma constitucional de imunidade. É preciso considerar que há estratégias de organização administrativa do Estado que podem implicar consequências prejudiciais para o equilíbrio econômico. Quando, além da desassociação às finalidades públicas, houver risco de pertur-

bação para a realidade econômica, a subsistência da norma de imunidade tornar-se-á bastante criticável, ante a necessidade de preservar o equilíbrio concorrencial típico da livre iniciativa.

Essa, aliás, é a razão da previsão do art. 173, § 2º, da CF, que exclui o patrimônio de empresas públicas e sociedades de economia mista da cobertura da imunidade recíproca:

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
> (...)
> § 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

O que se depreende da leitura contextualizada dos arts. 150, IV, e §§ 2º e 3º; e 173, § 2º, da Constituição Federal é que nem todo patrimônio titularizado pelos entes federativos está compreendido na norma de imunidade recíproca, podendo haver tributação caso pessoas de direito privado constituídas com capital público se dediquem à exploração de atividade econômica.

Como destacado por PINTO FERREIRA, ao comentar o § 3º do art. 150:

> "O preceito comentado exclui da vedação tributária o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis e empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou serviços pelo usuário.
> (...)
> Não existe imunidade tributária dos serviços públicos remunerados por preço público (gênero) nem das atividades econômicas de entidades tributantes cujo regime jurídico seja de direito privado" (Comentários à Constituição brasileira. 5. vol. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 358).

Com essas premissas, a CORTE entendeu inaplicável a proteção imunizante do art. 150, IV, da CF quando inconteste que bem imóvel do patrimônio de ente federativo já não mais esteja afetado a qualquer destinação social, funcionando apenas como elemento para alavancar o desempenho de atividade particular de propósitos exclusivamente econômicos (RE 594015, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), tendo inclusive fixado a seguinte tese de repercussão geral (TEMA 385):

> "A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, a, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município".

Não é, porém, o que ocorre na presente hipótese, em que os

fatores subjetivo e finalístico da imunidade estão presentes, bem como a estratégia de organização administrativa utilizada pelo Estado não implica qualquer consequência prejudicial ao equilíbrio econômico; pelo contrário, está diretamente ligada a realizar a efetividade de uma das mais importantes previsões de Direitos Sociais, no caput do artigo 6º, e em consonância com um dos objetivos fundamentais da República consagrados no artigo 3º, III, ambos da Constituição Federal: *o direito de moradia e erradicação da pobreza e a marginalização com a redução de desigualdades sociais*.

Na presente hipótese, a imunidade recíproca deve ser aplicada em relação ao exercício dessa importante atuação governamental, não havendo nenhuma natureza comercial na questão.

A Caixa Econômica Federal é empresa pública que, em essência, explora atividade econômica. Todavia, não restam dúvidas de que o patrimônio afetado à execução do Programa de Arrendamento Residencial (PAR) é mantido por um fundo cujo patrimônio não se confunde com o da CEF, sendo formado por recursos da União e voltado à prestação de serviço público e para concretude das normas constitucionais anteriormente descritas.

O PAR foi criado pela Lei 10.188/2001 visando ao "atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra" (art. 1º). O programa é gerido pelo Ministério das Cidades, mas operacionalizado pela Caixa Econômica Federal (CEF), cujas atividades exercidas em seu âmbito são remuneradas em montante fixado por ato conjunto dos Ministros de Estado das Cidades e da Fazenda. A matéria encontra-se, atualmente, regida pela Portaria Interministerial 684/2007, cujo art. 1º dispõe que "a remuneração da Caixa Econômica Federal – CAIXA compreende a cobertura de todos os custos relacionados com as atividades de agente executor do Programa de Arrendamento Residencial – PAR e gestor do Fundo de Arrendamento Residencial – FAR".

O Anexo da Portaria 493/2007 do Ministério das Cidades, na redação da Portaria 258/2008, estabelece que o PAR destina-se à população cuja renda familiar mensal não ultrapasse a R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais), nos municípios do Rio de Janeiro e de São Paulo, e R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos demais municípios, não podendo o proponente ser "proprietário ou promitente comprador de imóvel residencial no município onde pretenda residir ou detentor de financiamento habitacional em qualquer localidade do país". O limite da renda familiar mensal é elevado, quanto aos militares das forças armadas e aos profissionais da área de segurança pública, para até R$ 2.800,00 (dois mil e oitocentos reais).

Esses limites de renda, além de ressaltarem o caráter eminente-

mente social do programa, demonstram que a concessão de imunidade tributária em relação aos imóveis que o integram não representaria risco relevante à livre concorrência, uma vez que os arrendamentos residenciais a ele vinculados abrangem grupo específico de pessoas, com renda familiar não superior aos limites definidos pelo Ministério das Cidades.

As diretrizes fixadas no Anexo da Portaria 493/2007 do Ministério das Cidades evidenciam, ademais, que a finalidade primordial do programa é promover o acesso à moradia para a população de baixa renda, efetivando direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal (art. 6º, caput) e executando determinação constitucionalmente imposta aos entes federados (art. 23, IX):

> O Programa de Arrendamento Residencial - PAR será implementado de acordo com as seguintes diretrizes:
> a) fomento à oferta de unidades habitacionais e à melhoria das condições do estoque de imóveis existentes, por meio da aquisição de empreendimentos a construir, concluídos, em construção e reforma, especialmente destinadas a reduzir os domicílios existentes com coabitação familiar e com ônus excessivo de aluguel;
> b) promoção da melhoria da qualidade de vida das famílias beneficiadas;
> c) intervenção habitacional em áreas objeto de planos diretores no âmbito estadual ou municipal, garantindo sustenta-bilidade social, econômica e ambiental aos projetos de maneira integrada a outras intervenções ou programas da União e demais esferas de governo;
> d) criação de novos postos de trabalho diretos e indiretos, especialmente por meio da cadeia produtiva da construção civil;
> e) aproveitamento de imóveis públicos ociosos em áreas de interesse habitacional;
> f) atendimento aos idosos ou portadores de deficiências físicas, previamente identificados, pela adoção de projetos ou soluções técnicas que eliminem barreiras arquitetônicas ou urbanísticas, bem como pela execução de equipamentos comunitários voltados ao atendimento desse segmento da população;
> g) reserva de 3% das unidades habitacionais para atendimento aos idosos, conforme disposto no art. 38, inciso I, da Lei no 10.741/2003 - Estatuto do Idoso; e
> h) atendimento às diretrizes do PBQP-H – Programa Brasileiro da Qualidade e Produtividade do Habitat, principalmente no que diz respeito à utilização de materiais de construção produzidos em conformidade com as normas técnicas e à contratação de empresas construtoras certificadas no Sistema de Avaliação da Conformidade de Empresas de Serviços e Obras da Construção Civil.

Não há como negar, portanto, que o PAR não representa exploração de atividade econômica pela

CEF, mas sim prestação de serviço público, uma vez que se trata de atividade constitucionalmente atribuída à União cuja operacionalização foi delegada, por lei, a empresa pública federal, visando à consecução de direito fundamental.

Ainda que seus beneficiários façam o pagamento de contraprestação pelo uso e eventual aquisição das moradias arrendadas, o art. 2º, § 3º, da Lei 10.188/2001 determina que, deduzidas as despesas de administração, as receitas provenientes das operações de arrendamento e das aplicações de recursos destinados ao programa sejam utilizadas para amortização das operações de crédito contratadas com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, conforme autorizado pelo art. 2º, II, da Lei 10.188/2001.

Do mesmo modo, o art. 10-A desse diploma normativo estabelece que "os valores apurados com a alienação dos imóveis serão utilizados para amortizar os saldos devedores dos empréstimos tomados perante o FGTS (...)". Não há, dessa forma, objetivo de aumento patrimonial da União ou da CEF.

Importante ressaltar que a União possui relevante participação financeira na manutenção do fundo cujo patrimônio é utilizado para a consecução do PAR. O art. 2º da Lei 10.188/2001 autorizou a CEF a criar e gerir fundo financeiro denominado Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), "com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa". O patrimônio do FAR é constituído pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do PAR e pelos recursos advindos da integralização de cotas (Lei 10.188/2001, art. 2º, § 2º, I e II). O art. 2º-A desse diploma legal atribui à União a responsabilidade pela integralização de cotas do fundo, a qual pode se dar, a critério do Ministério da Fazenda, em moeda corrente, em títulos públicos, por meio de suas participações minoritárias ou por meio de ações de sociedades de economia mista federais excedentes ao necessário para manutenção de seu controle acionário. Do mesmo modo, a Lei 11.977/2009, que trata do Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), dispõe que, para a sua implementação, a União, observada a disponibilidade orçamentária e financeira, "participará do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), mediante integralização de cotas (...)" (art. 2º, II).

O art. 3º, I, da Lei 10.188/2001 autoriza, ainda, a CEF a utilizar, para atendimento exclusivo às finalidades do PAR, os saldos disponíveis em diversos Fundos e Programas em extinção, alguns dos quais financiados por tributos federais e por dotações orçamentárias da União. Confira-se:

> Art. 3º Para atendimento exclusivo às finalidades do Programa instituído nesta Lei, fica a CEF autorizada a:
> I - utilizar os saldos disponíveis dos seguintes Fundos e Programa em extinção:

a) Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social - FAS, criado pela Lei nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974;
b) Fundo de Investimento Social - FINSOCIAL, criado pelo Decreto-Lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982;
c) Programa de Difusão Tecnológica para Construção de Habitação de Baixo Custo - PROTECH, criado por Decreto de 28 de julho de 1993; e
d) Fundo de Desenvolvimento Social - FDS, a que se refere o Decreto nº 103, de 22 de abril de 1991;

O § 3º do art. 2º da Lei 10.188/2001 ressalta que os bens e direitos que integram o patrimônio do FAR, "em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos", não se comunicam com o patrimônio dessa empresa pública, devendo ser observadas, quanto a eles, diversas restrições, a saber:

> §3º Os bens e direitos integrantes do patrimônio do fundo a que se refere o caput, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da CEF, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o patrimônio desta, observadas, quanto a tais bens e direitos, as seguintes restrições:
> I - não integram o ativo da CEF;
> II - não respondem direta ou indiretamente por qualquer obrigação da CEF;
> III - não compõem a lista de bens e direitos da CEF, para efeito de liquidação judicial ou extrajudicial;
> IV - não podem ser dados em garantia de débito de operação da CEF;
> V - não são passíveis de execução por quaisquer credores da CEF, por mais privilegiados que possam ser;
> VI - não podem ser constituídos quaisquer ônus reais sobre os imóveis.
> § 4º No título aquisitivo, a CEF fará constar as restrições enumeradas nos incisos I a VI e destacará que o bem adquirido constitui patrimônio do fundo a que se refere o caput.
> § 5º No registro de imóveis, serão averbadas as restrições e o destaque referido no parágrafo anterior.

O art. 3º, § 4º, da Lei 10.188/2001 impõe, ademais, que o saldo positivo existente ao final do PAR seja integralmente revertido à União. Assim, não só o programa é financiado essencialmente por recursos da União, como também terá, ao seu final, seu saldo positivo integralmente revertido em benefício dela. A análise desse plexo normativo evidencia que o Fundo de Arrendamento Residencial constitui instituto semelhante aos Fundos de Investimento Imobiliário previstos na Lei 8.668/1993, entidades sem personalidade jurídica, constituídas sob a forma de condomínio fechado e administradas por instituições autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários, as quais utilizam os recursos oriundos da subscrição de cotas pelos investidores para a aquisição, em caráter fiduciário, dos bens e direitos que compõem o patrimônio do

fundo, incomunicável com o da instituição administradora, por determinação expressa do art. 7º da Lei 8.668/1993.

Esse caráter fiduciário também se faz presente nas aquisições efetuadas pela CEF no âmbito do FAR.

Na lição esclarecedora de PONTES DE MIRANDA, há fidúcia ou negócio jurídico fiduciário:

> "sempre que a transmissão tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o de alienação àquele a quem se transmite", salientando a obrigação daquele a quem se fez a transmissão "a exercer o seu direito de acordo com o fim da fidúcia, inclusive se for o caso, de restituir o bem da vida que se transmitiu" (Tratado de direito privado. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 115-116).

Assim, o Fundo de Arrendamento Residencial possui, a toda evidência, típica natureza fiduciária: a União, por meio da integralização de cotas, repassa à Caixa Econômica Federal os recursos necessários à consecução do PAR, que passam a integrar o FAR, cujo patrimônio, contudo, não se confunde com o da empresa pública e está afetado aos fins da Lei 10.188/2001, sendo revertido ao ente federal ao final do programa.

Conforme deixa claro a própria Lei 10.188/2001, a CEF exerce, sob o patrimônio integrante do FAR, mera propriedade fiduciária, aquela "limitada pelas restrições que sofre em seu conteúdo, em virtude da finalidade para a qual é constituída, tendo duração limitada, enquanto perdurar o escopo para o qual foi constituída" (CHALHUB, Melhim Namem. Negócio fiduciário. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 101).

Desse modo, a propriedade fiduciária exercida pela CEF sobre os bens e direitos do FAR traduz-se, na verdade, em mera administração desse patrimônio com a finalidade de aplicá-lo na execução do PAR, nos limites definidos pela Lei 10.188/2001 e pelas normas regulamentares expedidas pelo Ministério das Cidades. O fundo é, na realidade, composto por recursos oriundos da União e afetados, por lei federal, à realização do PAR, cujo saldo positivo, ao fim, será integralmente revertido ao ente federal. A tributação de imóveis vinculados ao PAR.

Em resumo: (a) o Programa de Arrendamento Residencial configura prestação de serviço público operacionalizado pela Caixa Econômica Federal sem finalidade lucrativa; e (b) o fundo afetado à consecução do PAR é constituído por recursos da União, a quem reverterá o correspondente resíduo positivo, se for o caso.

Essas circunstâncias demonstram que a imunidade tributária recíproca deve abranger os bens e direitos integrantes do FAR, em consonância com a jurisprudência do STF acerca da específica questão ora em exame, que impõe um requisito indispensável

para a aplicação da imunidade recíproca: a blindagem deferida pela Constituição somente incide sobre o patrimônio, a renda ou os serviços *não afetados à exploração de atividade econômica*.

Propõe-se, assim, a fixação da seguinte tese, para efeito de repercussão geral: *Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado pela Lei 10.188/01, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, "a" , da Constituição Federal*.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO para extinguir a execução com relação aos valores cobrados a título de IPTU. Condeno o recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% dos valores executados a título de IPTU. É o voto.

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, eminente Ministro-Relator, saúdo os ilustres advogados que assomaram à tribuna. Eu fiz duas visitas à casa deste tema. Na primeira, examinei a matéria ocupando uma varanda que não adentrou os cômodos epistemológicos da questão. E, nesse primeiro momento, depreendi que a incidência do inciso VI, art. 150, levava a uma solução tendo-se em conta a presença de uma sociedade de economia mista, portanto, um ente de direito privado, a Caixa Econômica Federal, uma empresa pública - eis que o regime, nesse caso, de empresa pública e sociedade de economia mista é fundamentalmente o mesmo -, e, diante da prestação de um serviço público em caráter não exclusivo, colocava-se a questão concorrencial e também o tema atinente à finalidade lucrativa. Além de apresentar-se, nessa execução de programas dessa ordem de afazeres, na área da construção civil, a possibilidade de atuação de diversos agentes financeiros e também de empreiteiras e empresas nesta área.

A questão, todavia, da segunda visita que fiz me levou a um outro caminho. Fui estimulado pelo voto do eminente Ministro Alexandre de Moraes, que fez, aqui, um destaque no verdadeiro sentido do verbo destacar, vale dizer, separou o debate acerca do fundo de um eventual debate calcado em um conjunto de precedentes que compreendem a presença de uma empresa pública, ou até mesmo uma sociedade de economia mista, na questão da incidência ou do chamamento à colação do inciso VI do art. 150. Portanto compreendera que esta separação leva à percepção de que nós estamos, por assim dizer, diante de uma atividade cuja fonte irradiadora dos afazeres está circunscrita a um fundo que realiza uma espécie de multifuncionalidade do direito fundamental à cidadania, na sua versão expressa, que é do acesso à moradia.

Eu tenho sustentado que, na tradição constitucional e demo-

crática brasileira, registra-se o poder constituinte na direção de gerar efetiva democracia econômica e assegurar a todos uma existência digna. O princípio da democracia econômica fundamenta a pretensão jurídica de cidadãos nas hipóteses de situações sociais de extrema necessidade, justificadoras da intervenção estatal, no sentido de defesa de condições mínimas de existência inerentes ao respeito da dignidade humana.

Por isso, entendo que não estamos diante da discussão que levou ao desate no Recurso Extraordinário 601.720, conforme o eminente Ministro Alexandre evidenciou. E eu me permito reafirmar a posição que lá externei, trazendo-a para cá e sustentando que não se aplica a diretriz jurisprudencial aqui segundo a qual o caráter real do imposto cederia em função da dimensão econômica concorrencial de um bem imóvel público, em posse precária de pessoa jurídica particular.

Naquele caso, tratava-se, como bem lembrou o Ministro Alexandre - e o voto vencedor, creio, foi do eminente Ministro Marco Aurélio -, de uma concessionária atuando em bem público. O que estamos é diante de um programa de caráter exclusivamente social, de política pública destinada à habitação popular e, mais importante, de titularidade desse fundo, do FAR, e, em meu de ver, essa dimensão dá uma titularidade substancial à União e uma titularidade operacional, que foi a distinção que o Ministro Alexandre fez, à Caixa Econômica Federal. Portanto, não vejo aí a circunstância que atrai a tese aqui sustentada, com todo o brilho, pelos municípios e também pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais, e sim as luzes de uma teleologia cooperativa do pacto que está na Constituição e que, no meu modo de ver, tem uma incidência normativa vinculante nesta área atinente a políticas públicas de habitação popular.

Estou fazendo esta declaração de voto com outros aspectos que irei juntar aos autos, Senhor Presidente, apenas para salientar a distinção, que vi feita com percuciência no voto do Ministro Alexandre de Moraes, entre fundo e a titularização operacional da Caixa Econômica deste fundo e do programa respectivo, do PAR em relação FAR. Rememoro ainda que a previsão do § 2º do art. 150, quanto à necessidade de vinculação do patrimônio, renda e serviços às finalidades essenciais e às delas decorrentes, somente se aplica à Administração Pública indireta, irrelevante, portanto, ao deslinde desta controvérsia.

Por isso, com uma declaração um pouco mais extensa, que poderia cingir-se a três palavras, "acompanho o Relator", estou acompanhando o Relator a partir dessa distinção e de uma segunda visita ao tema, que me levou a também acolher o provimento do extraordinário para acatar a exceção de pré-executividade no Juízo de origem, afas-

tando os argumentos que aqui foram trazidos e reconhecendo a imunidade.

É como voto, acompanhando o Ministro Alexandre.

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Trata-se de recurso extraordinário, sob a sistemática da repercussão geral, interposto pela Caixa Econômica Federal em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ementa transcrevo:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO INOMINADO. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). LEI N. 10.188/01. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.
> 1. Encontra-se consolidada a jurisprudência no sentido de não gozar a CEF de imunidade tributária, na hipótese de propriedade fiduciária, em programa de arrendamento residencial – PAR, instituído pela Lei 10.188/01.
> 2. Caso em que, a matrícula do imóvel, no registro competente, revela a sua aquisição pela CEF, ainda que no âmbito do PAR, o que, perante a Municipalidade, torna a agravante a efetiva contribuinte do IPTU e taxas do lixo e sinistro, não havendo que se cogitar, em favor de empresa pública, de imunidade recíproca, de acordo com a jurisprudência firmada, indicativa da manifesta inviabilidade do pedido de reforma.
> 3. Agravo inominado desprovido."

Nas razões recursais, sustenta-se que o patrimônio vinculado ao Fundo de Arrendamento Residencial, instituído no âmbito do Programa de Arrendamento Residencial, não pode ser objeto de tributação pelos municípios relativamente ao IPTU. O fundo é constituído por patrimônio único e exclusivo da União, dado que a Caixa atua apenas como mero instrumento concretizador de um programa habitacional federal, logo a intributabilidade estaria garantida em razão da imunidade tributária recíproca.

Alega-se o caráter social do programa habitacional, o qual fugiria da racionalidade econômica típica do sistema financeiro nacional em que está inserida a empresa pública Recorrente.

Alude-se, ainda, que sua situação enquadra-se como imune de acordo com os testes propostos pelo Min. Joaquim Barbosa no RE-AgR 285.716, de relatoria de Sua Excelência, nos seguintes termos:

> "Com base no entendimento acima delineado, é de se observar que a CAIXA, ao cumprir com as atividades operacionais do PAR: (i) não realiza atividade econômica, nem tampouco lucrativa; além disso, (ii) a concessão da imunidade não causará efeito algum à concorrência ou à livre-iniciativa, uma vez que se tra-

> ta de serviço público típico e de cumprimento de política pública social de moradia; e (iii) a tributação dos imóveis do FAR oneram diretamente a União Federal, financiadora do fundo, ferindo o pacto federativo."

Em preliminar de repercussão geral, o Tribunal Pleno reconheceu a pertinência da matéria em acórdão assim ementado:

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO - IPTU. IMÓVEIS INTEGRADOS AO PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL – PAR, CRIADO E MANTIDO PELA UNIÃO. MANUTENÇÃO DOS BENS SOB A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). APLICAÇÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "A"). REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. 1. Possui repercussão geral a controvérsia relativa à existência ou não de imunidade tributária (CF, art. 150, VI, "a"), para efeito de IPTU, no tocante a bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da Caixa Econômica Federal (CEF), mas que não se comunicam com seu patrimônio, segundo a Lei 10.188/01, porque integrados ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado e mantido pela União, nos termos da referida lei. 2. Repercussão geral reconhecida."

O Procurador-Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário, oportunidade em que suscitou a seguinte proposta de tese: "*Não goza a Caixa Econômica Federal de imunidade tributária relativamente aos imóveis integrantes do Programa de Arrendamento Residencial (PAR) sobre sua propriedade fiduciária.*"

São os fatos de interesse para a formação de minha convicção no presente voto.

De saída, impende registrar não se descurar em jurisdição constitucional da relevância de política pública transversal e setorial relacionada à habitação urbana.

A propósito, toma-se nota de avaliação de política pública formulada no Estudo Conjunto 1/2017 pelas Consultorias de Orçamentos e Fiscalização do Senado Federal e da Câmara dos Deputados a respeito do Programa Minha Casa Minha Vida, realizado em outubro de 2017 e disponível no sítio institucional da casa senatorial, em que se atestou a ociosidade de 7,2 milhões de domicílios vagos, sendo 79% em área urbana, ao passo que a demanda habitacional quantitativa aquela decorrente de habitação precária e atentatória ao mínimo existencial, e não só inadequada à vivência humana ultrapassa as 6 milhões de unidades, sendo que 83,9% da demanda concentra-se em famílias com renda de até 3 salários-mínimos.

A despeito dos aportes da União de mais de 6 dezenas de milhões de reais ao Fundo de Arrendamento Residencial e do cus-

teio do programa por recursos do FGTS, a sustentabilidade fiscal da política pública e a lógica de subvenções são desafiantes e insuficientes a resolver, por si só, o problema habitacional urbano.

Trata-se de exemplo da funcionalização do Estado Democrático de Direito em prol da realização dos direitos fundamentais de forma sustentável e equitativa. No pensamento de Ana Paula Barcellos, a sustentabilidade denota uma complexidade estrutural que demanda tempo e continuidade de esforços e envolve negociação, diálogo, participação e construção contínua dos direitos fundamentais, haja vista as tensões, conflitos e escolhas em um ambiente de escassez de recursos.

Por outro lado, a equidade significa que os esforços estatais devem concentrar-se no atendimento das necessidades mais básicas dos mais necessitados, por intermédio de políticas com focos específicos (BARCELLOS, Ana Paula de. Direitos Fundamentais e Direito à Justificativa: devido procedimento na elaboração normativa. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, cap. 2).

De todo modo, trata-se de operação de arrendamento residencial com opção de compra, cuja garantia é viabilizada pelo instituto da alienação fiduciária junto à CEF. A esse respeito, o Tribunal de origem assim assentou a situação fático-normativa:

> "5. Muito embora haja regra no sentido de que os bens e direitos em evidência não se comunicam com o patrimônio da CEF, consta expressamente da lei que os bens imóveis são mantidos sob a propriedade fiduciária da ora agravante (art. 2º, §3º).
> 6. Por força do artigo 109 do CTN, deve-se buscar o conceito de propriedade fiduciária no direito privado, o qual preceitua que se trata de propriedade de caráter temporário, de titularidade do credor, com a finalidade de garantir uma dívida.
> 7. A CF detém a propriedade dos imóveis ainda não alienados nos termos da Lei n. 10.188/01, com o que deve ser colocada na posição de contribuinte do IPTU incidente sobre mencionados bens, nos termos do artigo 34 do CTN, bem como da Taxa de Coleta de Lixo cobrada na execução fiscal obrigatória."

A dimensão cívica da pessoa humana não se encerra nos direitos políticos, ante a multifuncionalidade do direito fundamental à cidadania. Na tradição constitucional e democrática brasileira, registra-se desiderato do Poder Constituinte em promover efetiva democracia econômica, ao assegurar a todos a existência digna.

Assim, o princípio da democracia econômica fundamenta pretensão jurídica de cidadãos nas hipóteses de situações sociais de extrema necessidade, por sua vez justificadoras de intervenção estatal no sentido da defesa de condições mínimas de existência ine-

rentes ao respeito da dignidade humana.

No presente caso, com a reabertura do tema, tenho por imperativo reafirmar minha posição externada no RE 601.720, de minha relatoria e com acórdão redigido pelo Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 05.09.2017, com grifos acrescidos:

> "O IPTU é um tributo de competência do ente municipal que possui como base econômica o patrimônio, notadamente a propriedade imobiliária. Em termos classificatórios, pode-se compreendê-lo como um imposto real, direto, fiscal, progressivo e complexivo, à luz da normatividade constitucional vigente.
> (...)
> Ademais, o Código Tributário Nacional define o fato gerador do IPTU em seu artigo 32: '*O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.*'
> Interpreta-se, portanto, que o CTN autoriza a municipalidade a impor, mediante lei, o referido tributo em três situações diversas: a propriedade, o domínio útil e a posse a qualquer título.
> Por se tratarem de conceitos de direito privado, deve-se ter em conta os artigos 109 e 110 do CTN, *in verbis*:
> 'Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizamse para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.
> Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.'
> Por conseguinte, tais enquadramentos fático-normativos demandam a complementariedade dos artigos 1196 e 1228 do Código Civil, os quais se reproduzem a seguir:
> 'Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.
> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha."
> Do mesmo modo, bem esclarece Aires Fernandino Barreto que '*Configura-se o domínio útil quando o proprietário, despojandose dos poderes de uso, gozo e disposição da coisa, outorga-os a outrem (denominado enfiteuta), reservando-se, tão só, o domínio direto ou eminentes. Embora o novo Código Civil não tenha previsto a enfiteuse, permanecem as existentes*' .

> Por outro lado, o aspecto pessoal da hipótese de incidência tem previsão no art. 34 do CTN: 'Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título'.
> (...)
> Ressalte-se que esta Corte interpreta o significado políticojurídico da imunidade tributária recíproca como verdadeira garantia institucional de preservação do sistema federativo.
> (...)
> **Conclui-se, em síntese, negativamente a ambos os quesitos formuladas no início do presente voto, isto é, o particular concessionário de uso de bem público não pode ser eleito, por força de lei municipal, para figurar como sujeito passivo de obrigação tributária referente ao IPTU, porquanto sua posse é precária e desdobrada; ao passo que o imóvel qualificado como bem público federal, ainda que destinado à exploração comercial, remanesce imune aos tributos fundiários municipais, por força do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal de 1988**."

Aqui, não se aplica a diretriz jurisprudencial segundo a qual o caráter real do imposto cede prevalência à funcionalização econômico-concorrencial do bem imóvel público em posse precária de pessoa jurídica particular, diante do caráter exclusivamente social das políticas públicas de habitação popular e da titularidade do FAR cingir-se à União, cabendo à CEF apenas a operacionalização do PAR.

Incide, portanto, a norma imunizante prevista no art. 150, VI, "a", da Constituição da República, quanto ao patrimônio afetado à realização do Programa de Arrendamento Residencial, sob as luzes da teleologia cooperativa do pacto federativo pressuposto na imunidade em questão.

Impende, ainda, rememorar que a previsão do §2º do art. 150 quanto à necessidade de vinculação do patrimônio, renda e serviços às finalidades essenciais ou às delas decorrentes somente se aplicam à Administração Pública indireta, irrelevante, portanto, ao deslinde desta controvérsia, ao contrário do que ocorre com empresas públicas e sociedades de economia mista vocacionadas, em alguma medida, à realização de políticas habitacionais.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso extraordinário, com a finalidade de acatar a exceção de pré-executividade alegado no juízo de origem, afastando a ilegitimidade da CEF e a imunidade tributária sobre o imóvel objeto de IPTU.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ante a importância da matéria, penso que a disciplina ocorre em inúmeros Municípios. Saliento alguns aspectos.

O primeiro é a diferença entre o fundo e a realidade que surge mediante a aplicação desse fundo, ou seja, a realidade retratada em imóveis. Não vou cogitar de

imunidade quanto à pessoa jurídica de direito privado, que é a Caixa Econômica, a exercer atividade econômica, atuando por meio de remuneração.

O segundo é que a Caixa fica, inclusive junto ao Registro de Imóveis, como proprietária dos imóveis, propriedade fiduciária, ou seja, propriedade temporária. A matrícula do imóvel, repito, revela como proprietária não a União, mas a Caixa Econômica, ou seja, pessoa jurídica de direito privado.

E há mais, Presidente. O sistema não fecha, e não fecha por uma razão única: a CAIXA, proprietária fiduciária, não quer recolher o IPTU. No entanto, celebra um contrato com opção de compra, em que o arrendatário fica obrigado a fazê-lo. Há conflito! De duas, uma: ou não se tem a incidência do IPTU sobre o imóvel – não se trata de incidência sobre o fundo, não se trata de incidência sobre esse ente inanimado que é o Programa de Arrendamento – ou se tem.

O que não cabe, diante de precedentes do Plenário – o precedente da minha lavra, a meu ver, conduz, no caso concreto, ao desprovimento do extraordinário –, é dizer que esses imóveis – não me refiro ao Fundo – estão imunes ao IPTU. Seria imunidade não subjetiva, como prevista no artigo 150 da Constituição Federal, mas, sim, objetiva.

O caso tem repercussão enorme.

Não se pode desconhecer que, a partir do Fundo, realmente mantido com recursos da União, surge uma realidade, ou seja, a construção dos imóveis, e que esses imóveis, com opção de compra pelo arrendatário, ficam em nome da Caixa Econômica Federal, inclusive considerada a matrícula no Registro de Imóveis.

A concluir-se de forma diversa, está-se introduzindo, no artigo 150 da Constituição Federal, por via transversa, imunidade objetiva relativamente a esses imóveis. Há preceito que autorize, no artigo 150, essa interpretação? No caso concreto, têm-se não simples recursos – e não há incidência de IPTU sobre recursos – mas imóveis de propriedade fiduciária, temporária, portanto, da Caixa Econômica Federal, celebrando estes contratos de arrendamento, com opção de compra, pelo arrendatário. E mais: preveem esses contratos a responsabilidade do arrendatário quanto ao IPTU e aos tributos.

Não vejo como prover o recurso extraordinário, entendendo infringido o artigo 150 da Constituição Federal.

Adianto o voto, Presidente, até como relator dos casos pilotos, em que se assentou ser o arrendatário de bem da União – e aqui não se trata de bem da União – responsável pelo tributo, pelo IPTU devido ao município.

Nego provimento ao recurso.

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR) - Presidente, eu tenho só um esclarecimento.

Essas preocupações trazidas pelo Ministro Marco Aurélio são importantíssimas. E é exatamente por isso que eu vou, talvez, ser mais claro no que coloquei.

Veja, primeiro ponto, essa imunidade, inclusive como consta na sugestão de tese: os bens e direitos que integram o patrimônio do Fundo vinculado ao programa de arredamento residencial. Ou seja, enquanto patrimônio ainda da União - porque o patrimônio é da União, não é da CAIXA, do Fundo, e ainda não é do arrendatário -, imunidade incide. Obviamente, a partir da transferência de propriedade, a propriedade para o anterior arrendatário, aí, é a relação normal de pessoa física com o tributo.

O segundo ponto que me parece aqui importante, também trazido pelo Ministro Marco Aurélio: por que consta, nos contratos de arrendamento, que o arrendatário deve pagar o IPTU? Porque, até agora, não houve uma definição de que a própria União não precisa pagar. Então, coloca-se isso, porque não é a CAIXA que vai pagar exatamente, porque o dinheiro do Fundo não é da CAIXA. Então, repassa-se porque ainda não houve essa definição. Em havendo a definição e havendo o reconhecimento da imunidade recíproca, obviamente não há o que se pagar, não há o que se transferir.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - Senhor Presidente, em números redondos, o país tem um déficit habitacional de cerca de 6 milhões de unidades, sobretudo para famílias de baixa renda.

Nós estamos aqui diante de um programa social habitacional para famílias de baixa renda, portanto essa é uma atividade que nós precisamos incentivar; tributar é, a meu ver, com todas vênias, o oposto de incentivar.

Eu aqui penso que essa propriedade fiduciária da CAIXA funciona um pouco como um componente ficcional do modelo, porque, no fundo, os imóveis pertencem ao Fundo da Arrendamento Residencial. Esse fundo é composto de recursos exclusivamente da União. Portanto, em última análise, tributar esses imóveis significaria, a meu ver, tributar patrimônio da União.

Posto assim dessa forma simples e pedindo todas as vênias a compreensões diferentes, eu estou acompanhando o Relator.

Até tenho uma proposta de tese, como sempre tenho, mas ela coincide integralmente com a do Ministro Alexandre de Moraes. Portanto, já adianto que estou de acordo com ela.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Observada a minha metodologia, que aprendi com o Ministro Fux, acompanho, na íntegra, o voto do eminente Relator, que, a meu juízo, responde à teleologia do próprio texto constitucional, considerada a tese de-

senvolvida com precisão cirúrgica na medida em que faz a distinção da atividade da Caixa Econômica enquanto empresa pública – e, aí, não me afastaria dos nossos precedentes –, mas considerados o Fundo, a sua natureza e a finalidade do programa instituído na linha do nosso texto constitucional.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, eu também entendo que, nos termos da lei, o FAR, esse fundo de arrendamento, é constituído de patrimônio único e exclusivo da União Federal, sendo somente administrado e operacionalizado pela CAIXA para fins de consecução do programa.

Faço uma abordagem dos critérios pelos quais eu entendo que não se enquadra essa hipótese à exceção do § 3º do art. 150 da Constituição Federal e acompanho integralmente o voto do Ministro-Relator, secundado pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber.

ANTECIPAÇÃO

AO VOTO A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, não posso deixar de fazer referência a que, em primeiro lugar, acredito ter sido alguma confusão, pelo menos no plano do que foi judicialmente posto em discussões, porque esse fundo consta da lei como sendo de direito privado. Sou incapaz de entender como um fundo constituído pela União, para cumprir uma política pública, operacionalizado pela CAIXA, recebe tratamento legislativo dessa natureza, que conduz a esse tipo de confusão.

A União é pessoa jurídica de direito público por excelência, a Caixa Econômica aqui, nos termos da lei, desempenha um papel de quem opera o fundo o que é expresso. Então, ela não tem, como foi aqui abordado - e todos os advogados de uma parte como de outra se houveram muito bem na tribuna -, apenas para enfatizar que, neste caso, este fundo, que é composto com recursos da União, voltado à consecução de uma política pública respaldada constitucionalmente, fundamentada constitucionalmente, para acesso à moradia, para dar cobro ao princípio da igualdade e superar as desigualdades sociais, são exatamente todas pertencentes à União.

Também faço uma distinção, Presidente, que já foi aqui muitas vezes cuidada, entre a natureza das pessoas de direito que compõem a administração pública indireta, tais como empresas públicas e sociedades de economia mista, mas que recebem tratamento constitucional e jurisprudencial diferente quando exercem atividade econômica e quando prestam serviço público. E, neste caso, ainda que não seja um serviço público no sentido próprio, ou pelo menos o mais adequado, é certo que a atividade desempenhada não é meramente comercial, ou seja, não é

uma atividade que se põe, como também aqui foi enfatizado pelo Ministro Relator, no sentido de haver uma concorrência, Por isso mesmo, esses bens não integram o acervo patrimonial da CAIXA, mas do fundo, até que, como anotou o Ministro Alexandre, Relator, passe, por força do contrato, à propriedade do particular, porque aí passa a incidir sobre o imóvel realmente o cuidado normal tributário.

Mas, até lá, como posto e cuidado do Ministro-Relator com o tema foi exatamente no sentido é de garantir que bens que compõem o patrimônio público - e neste caso da União ou do fundo - não se submetem à incidência tributária, pelo que considero também que o caso aqui é de dar provimento ao recurso extraordinário, extinguindo-se a execução quanto aos valores cobrados como IPTU enquanto predominar essa situação de bens que são submetidos a este cuidado, a esse regime do fundo.

É como voto, Presidente.

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Em 31.3.2016, o Plenário deste Supremo Tribunal reconheceu a repercussão geral da questão constitucional tratada na espécie, em que discutida a existência ou não da imunidade tributária prevista no art. 150, inc. VI, al. "a", da Constituição da República, sobre IPTU de bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da Caixa Econômica Federal, mas integrados ao Programa de Arrendamento Residencial, criado e mantido pela União, nos termos da Lei 10.188/01.

2. No acórdão recorrido, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, decidiu-se que a Caixa Econômica Federal não goza da referida imunidade tributária, porque a matrícula do imóvel no registro competente revela sua aquisição pela mencionada empresa pública federal, ainda que no âmbito do Programa de Arrendamento Residencial, tornando-a efetiva contribuinte do IPTU.

3. A Caixa Econômica Federal afirmou que o patrimônio do Fundo de Arrendamento Residencial, nos termos da Lei 10.188/01, é exclusivo da União, sendo somente por ela administrado e operacionalizado, para fins de consecução do programa. Diante disso, sendo o imóvel de propriedade da União, em última análise, ele seria imune ao IPTU, a teor do art. 150, inc. VI, al. "a", da Constituição da República, tido por afrontado neste Recurso Extraordinário.

Aduziu ainda que não incidiria a exceção prevista no § 3º do art. 150 da Constituição da República, tendo em vista que os imóveis do Fundo de Arrendamento Residencial objetivam solucionar o problema de moradia das famílias de baixa renda, sem intuito de exploração econômica, e que o valor mensal cobrado a título de arrendamento é simbólico e reverte em favor de outros beneficiários do programa.

4. Em contrarrazões, o Município de São Vicente/SP alegou, em síntese, que a Caixa Econômica Federal não detém imunidade, por ser empresa pública com personalidade jurídica de direito privado. A teor do § 2º do art. 173 da Constituição da República, as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às empresas do setor privado. Aduziu também que a Caixa Econômica Federal, ao se investir na qualidade de credora fiduciária, torna-se proprietária do imóvel.

5. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo não provimento do Recurso Extraordinário, em parecer assim ementado:

> "DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 884. IMUNIDADE. IPTU CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. INEXISTÊNCIA. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.
> 1. Proposta de Tese de Repercussão Geral (Tema 884): Não goza a Caixa Econômica Federal de imunidade tributária relativamente aos imóveis integrantes do Programa de Arrendamento Residencial (PAR) sob sua propriedade fiduciária.
> 2. Não há como se reconhecer imunidade tributária em relação à operação de arrendamento residencial com opção de compra, que não é daquelas que têm a titularidade atribuída pela Constituição aos entes políticos.
> 3. Parecer pelo não provimento do recurso extraordinário."

6. A Lei 10.188/01 criou o Programa de Arrendamento Residencial para atender à necessidade de moradia da população de baixa renda. O interessado, selecionado previamente, paga mensalmente uma prestação, geralmente inferior ao aluguel na região, e faz a opção de compra no final do prazo estipulado no contrato, pagando um saldo residual.

7. De acordo com o § 1º do art. 1º da Lei 10.188/01, a gestão cabe ao Ministério das Cidades e a operacionalização, à Caixa Econômica Federal. Para tanto, a lei autorizou a Caixa Econômica Federal a criar um fundo financeiro privado, o Fundo de Arrendamento Residencial, com o fim de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa de Arrendamento Residencial, cujo patrimônio é constituído por: a) bens e direitos adquiridos pela Caixa no âmbito do Programa e b) recursos advindos da integralização de cotas (art. 2º e § 2º).

Ditas cotas podem ser integralizadas pela União em moeda corrente, em títulos públicos, por meio de suas participações minoritárias ou por meio de ações de sociedades de economia mista federais excedentes ao necessário para manutenção de seu controle acionário.

8. A Lei 10.188/01 autorizou a Caixa Econômica Federal, ainda,

a utilizar saldos disponíveis de diversos fundos e programas em extinção e contratar operações de crédito com o FGTS para atendimento exclusivo às finalidades do Programa de Arrendamento Residencial.

9. Constata-se, portanto, que o aporte de recursos no Fundo de Arrendamento Residencial é feito pela União e pela Caixa Econômica Federal, ou seja, aporte de recursos públicos.

10. Conquanto o § 2º do art. 2-A da Lei 10.188/01 tenha sido expresso ao enunciar que o patrimônio do Fundo é distinto do patrimônio dos cotistas, tendo ele direitos e obrigações próprias, pelas quais responde com o seu patrimônio, a totalidade dos recursos que o compõe é proveniente de receitas públicas.

11. O Programa de Arrendamento Residencial é programa social de extrema relevância, inclusive para concretizar o direito constitucional à moradia, previsto no art. 6º da Constituição da República. É patente a finalidade pública estrita do Programa, sem qualquer indício de exploração econômica, legitimando dessa forma a regra imunizante advinda da Constituição da República.

12. Considerando que os imóveis pertencem ao Fundo a que se refere o art. 2º da Lei 10.188/01, que tem personalidade jurídica própria, mas cujas receitas são eminentemente públicas, goza ele da imunidade a que se refere o art. 150, inc. VI, al. "a", da Constituição da República.

13. É sem importância o fato de constar no registro dos imóveis a propriedade em nome da Caixa Econômica Federal. Isso porque estão eles vinculados ao Fundo de Arrendamento Residencial, cabendo à CAIXA apenas sua operacionalização, sendo que, em caso de extinção do Programa de Arrendamento Residencial, o saldo positivo será integralmente revertido à União, nos termos do § 4º do art. 3º da Lei 10.188/01.

14. Pelo exposto, acompanho o Relator para dar provimento ao recurso, fixando como tese de repercussão geral a sugerida no voto de Sua Excelência.

É como voto.

Ministra CÁRMEN LÚCIA.

Vogal

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhor Presidente, para, acompanhando o eminente Ministro ALEXANDRE DE MORAES, dar provimento ao presente recurso extraordinário, que se refere ao tema 884 da repercussão geral, manifestando-me, ainda, de acordo, com a proposta de tese formulada pelo eminente Relator, no sentido de que "Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, 'a', da Constituição Federal".

É o meu voto.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, uso a palavra apenas para ressaltar que o resultado da arrecadação, considerado o IPTU, reverte em favor dos munícipes.

DECISÃO

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 884 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para extinguir a execução com relação aos valores cobrados a título de IPTU, condenando-se o recorrido ao pagamento das custas e honorários advocatícios, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio. Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: "Os bens e direitos que integram o patrimônio do fundo vinculado ao Programa de Arrendamento Residencial – PAR, criado pela Lei 10.188/2001, beneficiam-se da imunidade tributária prevista no art. 150, VI, a, da Constituição Federal", vencido o Ministro Marco Aurélio. Falaram: pela recorrente, o Dr. Gryecos Attom Valente Loureiro; pelo amicus curiae Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF, o Dr. Ricardo Almeida Ribeiro da Silva; e, pelo amicus curiae Municipio de São Paulo, o Dr. Felipe Granado Gonzáles, Procurador do Município de São Paulo. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 17.10.2018.

Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge.

Carmen Lilian Oliveira de Souza.

Assessora-Chefe do Plenário.

Superior Tribunal de Justiça

Alienação fiduciária de bem imóvel reconhecido como bem de família. Possibilidade. Conduta que fere a ética e a boa-fé.[1]

EMENTA OFICIAL

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA QUE FERE A ÉTICA E A BOA-FÉ.

1. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família.

2. Ação ajuizada em 23/08/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73.

3. O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família.

4. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais.

5. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório).

6. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais.

7. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário.

8. Não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97.

9. Recurso especial conhecido e não provido.

---

[1] Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1807304&num_registro=201502547087&data=20190404&formato=PDF>

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Dr(a). LEANDRO DA SILVA SOARES, pela parte RECORRIDA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019 (Data do Julgamento).

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora.

REsp 1.560.562. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrighi.

DJe 04/04/2019.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de recurso especial interposto por JHULIA MACHADO LIMA e OUTROS, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo TRF - 4ª Região.

Recurso especial interposto em: 08/06/2015.

Concluso ao gabinete em: 26/08/2016.

Ação: declaratória de nulidade de alienação fiduciária, ajuizada pelos recorrentes, em desfavor da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, tendo em vista contrato de mútuo celebrado entre as partes.

Pugnam os recorrentes para que seja declarada a nulidade da alienação fiduciária incidente sobre determinado imóvel de sua propriedade, ao argumento de se tratar de bem de família, bem como para que seja reconhecida a sua impenhorabilidade (e-STJ fls. 4-12).

Sentença: julgou procedentes os pedidos para i) reconhecer a impenhorabilidade do imóvel em questão; ii) desconstituir a alienação fiduciária incidente sobre o imóvel; e iii) determinar a baixa do registro de alienação fiduciária realizado em sua matrícula (e-STJ fls. 140-145).

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pela recorrida, nos termos da seguinte ementa:

> EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÕES LEGAIS.
> Na dicção do artigo 1º da Lei 8.009/90, o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, salvo exceções previstas na mesma Lei.
> No caso, os próprios autores, deliberadamente, ofereceram o imóvel constrito em garantia de contrato por instrumento particular de mútuo de dinheiro com obrigações e alienação fiduciária.
> Caso em que aplicável a exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei nº 8.009/90.

> O princípio da boa-fé contratual impede seja o contrato utilizado para a prática de atividades abusivas que venham a causar prejuízos às partes ou a terceiros. Exige-se dos contratantes que ajam de forma leal, correta e proba durante todas as fases do contrato, sobretudo quanto ao esclarecimento das informações necessárias à formalização do contrato e ao cumprimento das suas finalidades. Quem oferece em garantia de contrato de financiamento bem que sabe ser impenhorável age com evidente má-fé (e-STJ fl. 187).

Recurso especial: alegam violação dos arts. 1º e 3º, V, da Lei 8.009/90, bem como dissídio jurisprudencial. Sustentam que:

i) a exceção à impenhorabilidade prevista no art. 3º, V, da Lei 8.009/90 só tem aplicação às hipóteses de hipoteca, e não às de alienação fiduciária;

ii) o imóvel que serve de residência à família não foi deliberadamente oferecido em alienação fiduciária à recorrida, tendo sido condição imposta no contrato; e

iii) nas hipóteses em que o imóvel dado em garantia representa bem de família e o valor da dívida se prestou para quitação de débitos de pessoa jurídica, deve se reconhecer a impenhorabilidade do bem (e-STJ fls. 196-205).

Prévio juízo de admissibilidade: o TRF - 4ª Região admitiu o recurso especial interposto por JHULIA MACHADO LIMA e OUTROS (e-STJ fls. 226-227).

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (RELATOR):

O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família.

Aplicação do Código de Processo Civil de 1973, pelo Enunciado administrativo n. 2/STJ.

1. DA VALIDADE DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA (arts. 1º e 3º, V, da Lei 8.009/90 e dissídio jurisprudencial)

Não se descura, por óbvio, da atenção dispensada à proteção do bem de família, não somente pelo recebimento de um duplo tratamento legal - tanto no CC/02 quanto na Lei 8.009/90 -, como também pelas inegáveis construções doutrinárias e jurisprudenciais que, não raro, buscam a tutela do direito fundamental à moradia da família, "indispensável à composição de um mínimo existencial para vida digna" (REsp 1.395.275/MG, 4ª Turma, DJe 20/08/2014).

Daí a justificar-se a maçante inclinação jurisprudencial ao reconhecimento de impossibilidade de renúncia à proteção legal conferida ao bem que recebe esse status. A propósito, vale citar:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA

> DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA N. 182/STJ. INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. SUSCITAÇÃO A DESTEMPO. DISSÍDIO ENTRE JULGADOS DA MESMA TURMA. INVIABILIDADE. ALTERAÇÃO NA COMPOSIÇÃO DO COLEGIADO. IRRELEVÂNCIA. BEM DE FAMÍLIA. LEI N. 8.009/1990. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. RENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 168/STJ.
> (...)
> 6. A proteção legal conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/1990 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada. Incidência da Súmula n. 168/STJ.
> 7. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EREsp 888.654/ES, 2ª Seção, DJe 18/03/2011).

A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha, contudo, novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais.

Afinal, não se pode olvidar da máxima de que a nenhum é dado beneficiar-se de sua própria torpeza, isto é, não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão.

A corroborar com tal raciocínio, tem-se também a vedação ao comportamento contraditório (venire contra factum proprium).

Este entendimento conduz à conclusão de que, mesmo sendo impenhorável o bem de família, ainda que indicado à penhora pelo próprio devedor, não há que ser a mesma anulada em caso de ma-fé calcada em comportamentos contraditórios deste.

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes desta Corte:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. ART. 1º DA LEI 8.009/90. IMPENHORABILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E MÁ-FÉ DO PROPRIETÁRIO, QUE OFERTOU O BEM EM GARANTIA PARA INGRESSO NO REFIS. INADIMPLÊNCIA DO PARCELAMENTO. EXCLUSÃO. EXECUÇÃO DA GARANTIA. PENHORA. INAPLICABILIDADE DA REGRA PROTETIVA.
> 1. Resume-se a controvérsia em definir se o bem de família, ofertado como garantia para ingresso no REFIS, pode ser penhorado quando o contribuinte é excluído do parcelamento fiscal por inadimplência.
> 2. A jurisprudência desta Corte reconhece que a proteção legal conferida ao bem de família pela Lei 8.009/90 não pode ser afastada por renúncia do devedor ao privilégio, pois é princípio de ordem pública, prevalente sobre a vontade manifestada.
> 3. Trata-se, todavia, de situação peculiar, que não se amolda à jurisprudência pacificada. Os proprietários do bem de fa-

mília, de maneira fraudulenta e com abuso do direito de propriedade e manifesta violação da boa-fé objetiva, obtiveram autorização para ingresso no REFIS ao ofertar, em garantia, bem sabidamente impenhorável, conduta agravada pelo fato de serem reincidentes, pois o bem, em momento anterior, já havia sido dado em hipoteca como garantia de empréstimo bancário.
4. A regra de impenhorabilidade aplica-se às situações de uso regular do direito. O abuso do direito de propriedade, a fraude e a má-fé do proprietário conduzem à ineficácia da norma protetiva, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação do agente em desconformidade com o ordenamento jurídico.
5. A boa-fé do devedor é determinante para que se possa socorrer da regra protetiva do art. 1º da Lei 8.009/90, devendo ser reprimidos quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores, de obter benefício indevido ou de retardar o trâmite do processo de cobrança.
6. Recurso especial não provido (REsp 1.200.112, 2ª Turma, DJe 21/08/2012) (grifos acrescentados).

CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº 8.009, DE 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido (REsp 554.622/RS, 3ª Turma, DJ 01/02/2006).

Por oportuno, cito também precedente de minha relatoria, em que se definiu o afastamento da garantia da impenhorabilidade do bem de família, quando os executados atuam em evidente abuso de direito e má-fé:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CPC/1973. EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. FRAUDE À EXECUÇÃO ANTERIORMENTE RECONHECIDA. INAPLICABILIDADE DA NORMA PROTETIVA.
1. Embargos à adjudicação opostos em 18/06/2012. Recurso especial interposto em 14/08/2014 e atribuído a esta Relatora em 02/09/2016.
2. Aplicação do CPC/73, a teor do Enunciado Administrativo n. 2/STJ.
3. O propósito recursal, para além da análise da negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir se o reconhecimento de fraude à execução, pela alienação do único imóvel dos executados a um de seus parentes, é causa de afastamento da garantia de impenhorabilidade do bem de família.
4. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento da alegada violação do art. 535 do CPC/73.

> 5. A indicação de violação genérica à lei federal, sem particularização dos dispositivos que teriam sido afrontados pelo acórdão recorrido, implica deficiência na fundamentação do recurso especial e atrai a incidência da Súmula 284/STF.
> 6. A regra de impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei 8.009/90 deve ser examinada à luz do princípio da boa-fé objetiva, que, além de incidir em todas as relações jurídicas, constitui diretriz interpretativa para as normas do sistema jurídico pátrio.
> 7. Nesse contexto, caracterizada fraude à execução na alienação do único imóvel dos executados, em evidente abuso de direito e má-fé, afasta-se a norma protetiva do bem de família, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação dos devedores em desconformidade com o cânone da boa-fé objetiva. Precedentes.
> 8. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, não provido (REsp 1.575.243/DF, 3ª Turma, DJe 02/04/2018) (grifos acrescentados).

Na oportunidade, as seguintes considerações foram tecidas:

> De outro ângulo, a exegese sistemática da Lei 8.009/90 evidencia nítida preocupação do legislador no sentido de impedir a deturpação do benefício legal, vindo a ser utilizado como um artifício para frustrar a satisfação do credor. Não se pode admitir que, sob a sombra de uma disposição legal protetiva, o devedor pratique atos tendentes a inviabilizar a tutela executiva do credor, o que implicaria o uso da lei para promover a injustiça e, com isso, enfraquecer, de maneira global, todo o sistema de especial proteção objetivado pelo legislador.
> (...)
> Com efeito, um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio é o da boa-fé objetiva, que, além de incidir em todas as relações jurídicas, constitui diretriz interpretativa para as normas de nosso sistema. É nesse contexto que deve ser examinada a regra de impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei 8.009/90, tendo como determinante a boa-fé do devedor para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores.

Cita-se, ainda, recente precedente da 3ª Turma quanto ao tema, em que fui designada como relatora para acórdão: REsp 1.677.015/SP, 3ª Turma, DJe 06/09/2018.

Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais.

Ademais, não se pode olvidar que existem dois tipos de bem de família: o bem de família legal (disciplinado na Lei 8.009/90) e o bem de família voluntário (estabelecido pelo Código Civil, nos arts. 1.711 a 1.722).

O bem de família legal decorre da própria vontade do Estado de proteger a família, base da sociedade, assegurando-lhes as mínimas condições de dignidade. Já o bem de família voluntário decorre da vontade de seu instituidor, integrante da própria família, visando à proteção do seu patrimônio.

Com relação ao bem de família voluntário, o CC/02 permite que qualquer bem seja gravado como bem de família, até mesmo aquele que seja de maior valor, desde que não ultrapasse o valor de um terço do patrimônio líquido existente no momento da afetação. Diferentemente daquele previsto na lei especial, o bem de família voluntário somente pode ser instituído por intermédio de escritura pública ou testamento do próprio integrante da família ou de terceiro (Código Civil comentado : doutrina e jurisprudência : Lei n. 10.406, de 10.01.2002 / coord. Cezar Peluso - 8 ed. rev. e atual. - São Paulo: Manole, 2014, p. 1.854).

Diante da classificação do instituto, não se pode admitir que o proprietário que não teve que realizar nenhum ato para propriamente constituir o seu bem de família, não tenha o direito de disposição sobre o mesmo.

Vale ainda lembrar que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário.

Destarte, não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97.

Forte nessas razões, CONHEÇO do recurso especial interposto por JHULIA MACHADO LIMA e OUTROS e, nessa extensão, NEGO-LHE PROVIMENTO, para manter a conclusão do acórdão recorrido quanto ao reconhecimento da possibilidade de alienação fiduciária do bem de família dado em garantia.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, conheceu e negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (Presidente) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Tribunal Superior do Trabalho

Execução. Agravo de petição. Pretensa ausência de impugnação dos fundamentos da sentença de liquidação. Efeito devolutivo em profundidade. Incidência.[1]

EMENTA OFICIAL

"EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE PETIÇÃO. PRETENSA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DE LIQUIDAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. SÚMULAS Nos 393, ITEM I, E 422, ITEM III, DO TST. O artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015 traz o princípio do efeito devolutivo em profundidade, do qual é dotado o recurso ordinário, por aplicação do artigo 769 da CLT: "§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro". Nesse mesmo sentido é o entendimento firmado no item I da Súmula nº 393 do TST, in verbis: "I - O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, §1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado". Considerando que o efeito devolutivo em profundidade "transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa (...) desde que relativos ao capítulo impugnado", cabia à Corte regional julgar o apelo da reclamada, nos temas objetos dos capítulos por ela impugnado. Ademais, o entendimento desta Corte superior é de que o item I da Súmula nº 422 do TST tem aplicabilidade restrita aos recursos de natureza extraordinária, endereçados à esta Corte superior, podendo apenas ser aplicado, em caráter de exceção, aos recursos ordinários, somente na hipótese "de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença", não sendo essa a hipótese destes autos. Neste sentido é a redação do item III da Súmula nº 422 do TST: "III - Inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença". Observa-se, ainda,

[1] Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2019&numProcInt=30228&dtaPublicacaoStr=13/09/2019%2007:00:00&nia=7389658>

que, ao contrário do entendimento adotado pela Corte regional, não há falar em restrição de aplicabilidade do entendimento firmado no mencionado verbete sumular aos recursos ordinários da fase cognitiva. Isso porque o agravo de petição, embora seja manejado na fase executória da demanda, também deve observar o princípio devolutivo em profundidade de que trata o artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015, sob pena de implicar violação do direito da ampla defesa da parte, assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Precedentes. Assim, a Corte regional, ao não conhecer do agravo de petição interposto pela reclamada, proferiu decisão em violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (TST-RR-184400-65.1999.5.01.0024, 2ª Turma, rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, julgado em 11.9.2019).

DJe 13/09/2019.

ACÓRDÃO
2ª Turma
GMJRP/frpc/pr/ac

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA.

RECURSO DE REVISTA REGIDO PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40/2016 DO TST E INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Não será apreciada a prefacial titulada, nos termos do art. 282, § 2º, do CPC de 2015, por entender ser possível, no mérito, ser proferida decisão favorável à recorrente.

Agravo de instrumento **desprovido.**

RECURSO DE REVISTA

EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE PETIÇÃO. PRETENSA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DE LIQUIDAÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. SÚMULAS Nos 393, ITEM I, E 422, ITEM III, DO TST.

O artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015 traz o princípio do efeito devolutivo em profundidade, do qual é dotado o recurso ordinário, por aplicação do artigo 769 da CLT: "§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro". Nesse mesmo sentido é o entendimento firmado no item I da Súmula nº 393 do TST, in verbis: "I - O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, §1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado". Considerando que o efeito devolutivo em profundidade "transfere ao Tribunal a

apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa (...) desde que relativos ao capítulo impugnado", cabia à Corte regional julgar o apelo da reclamada, nos temas objetos dos capítulos por ela impugnado. Ademais, o entendimento desta Corte superior é de que o item I da Súmula nº 422 do TST tem aplicabilidade restrita aos recursos de natureza extraordinária, endereçados à esta Corte superior, podendo apenas ser aplicado, em caráter de exceção, aos recursos ordinários, somente na hipótese "de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença", não sendo essa a hipótese destes autos. Neste sentido é a redação do item III da Súmula nº 422 do TST: "III - Inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença". Observa-se, ainda, que, ao contrário do entendimento adotado pela Corte regional, não há falar em restrição de aplicabilidade do entendimento firmado no mencionado verbete sumular aos recursos ordinários da fase cognitiva. Isso porque o agravo de petição, embora seja manejado na fase executória da demanda, também deve observar o princípio devolutivo em profundidade de que trata o artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015, sob pena de implicar violação do direito da ampla defesa da parte, assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Precedentes. Assim, a Corte regional, ao não conhecer do agravo de petição interposto pela reclamada, proferiu decisão em violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.
Recurso de revista **conhecido e provido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista com Agravo n° TST-ARR-184400-65.1999.5.01.0024, em que é Agravante e Recorrente VALE S.A. e Agravado e Recorrido MIGUEL FERNANDES JOURDAN.

A Segunda Turma recursal do Tribunal Superior do Trabalho, em sessão realizada na data de 28/08/2019, deu provimento parcial ao agravo de instrumento interposto pela reclamada/executada, para prosseguir na análise do recurso de revista por ela interposto.

É o relatório.

VOTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO

A Vice-Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, por meio do despacho de págs. 3.112-3.114, denegou seguimento ao recurso de revista da reclamada/executada com estes fundamentos:

> "PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / ATOS PROCESSUAIS / NULIDADE / NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.
> Alegação(ões):
> - violação do(s) artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

A análise da fundamentação contida no v. acórdão recorrido revela que a prestação jurisdicional ocorreu de modo completo e satisfatório, inexistindo qualquer afronta aos dispositivos que disciplinam a matéria. Nesse aspecto, sob a ótica da restrição imposta pela Súmula 459 do TST, o recurso não merece proces-samento.
No particular, nego seguimento.
DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / ATOS PROCESSUAIS / NULIDADE / CERCEAMENTO DE DEFESA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO / RECURSO.
Alegação(ões):
- contrariedade à(s) Súmula(s) nº 422, item III do Tribunal Superior do Trabalho.
- violação do(s) artigo 5º, inciso LIV; artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.
- violação d(a,o)(s) Lei nº 13105/2015, artigo 1013, §1º.
- divergência jurisprudencial: folha 1858 (1 aresto); folha 1859 (1 aresto); folha 1861 (2 arestos); folha 1862 (2 arestos); folha 1863 (2 arestos).
Consta da decisão recorrida:

> 'No presente caso, verifica-se que o executado se limita em seu agravo de petição a repetir os exatos termos de sua defesa à impugnação de sentença de liquidação, às folhas 1747/1754, sem atacar em nenhuma medida os fundamentos da decisão agravada. Deve ser ressaltado que o simples fato de ter o agravante reproduzido a decisão agravada no início do seu recurso não satisfaz em nada a necessidade de fundamentação das razões de reforma.

Não raras vezes, verifica-se que as petições de recursos são desprovidas da técnica processual que a relevância dessa peça exigiria, a fim de resguardar-se, em última razão, o direito material perseguido pelas partes.
Segundo Júlio César Bebber, o princípio da dialética estabelece que 'o recurso deve ser discursivo, cabendo ao recorrente alinhar os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido de nova decisão' (in Recursos no Processo do Trabalho - Teoria Geral dos Recursos, LTr, ano 2000, Página 254). Com base neste princípio, o recorrente deverá confrontar os argumentos da decisão impugnada com aqueles que entende corretos, tudo com vistas a deixar explícito o porquê da necessidade ou utilidade da reforma da decisão. A parte a quem interessa a reforma da decisão deve dizer por que a objetiva e os contornos desta pretensão, sob pena de não ter o recurso conhecido, conforme o entendimento consubstanciado na Súmula nº 422 do C. TST.
A circunstância ocorrida nos presentes autos demonstra, a toda evidência, afronta ao Princípio da Dialética, insculpido no artigo 514, inciso II, do CPC/73 e no artigo 1.010, inciso III do NCPC, de aplicação subsidiária por força do artigo 769 da CLT, caracterizando-se, assim, a hipótese de recurso desfundamentado.

Com efeito, cabe concluir que não se deve conhecer de qualquer recurso, desprovido de motivação. Caso contrário, poderia, também, ser alegada violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, visto que a parte contrária encontraria dificuldades para apresentar seus contra-argumentos, diante do desconhecimento das razões do inconformismo da parte-recorrente e os fundamentos de fato e de direito de tal inconformismo. Pelo mesmo motivo a defesa genérica é inadmissível.

Ante o exposto, não conheço do agravo de petição interposto pelo executado por ausência de dialética, requisito previsto no artigo 514, inciso II, do CPC/73, no artigo 1.010, inciso III do NCPC e Súmulas 422 do C. TST e 51 deste E. TRT.'

Trata-se de recurso contra decisão proferida no julgamento de agravo de petição. Esta peculiaridade exige o enquadramento do recurso nos estritos limites traçados pelo artigo 896, § 2º, da CLT. No caso dos autos, não se verifica a referida adequação, isso porque inexiste ofensa direta e literal à Constituição da República, restando inviável o pretendido processamento.

CONCLUSÃO

NEGO seguimento ao recurso de revista." (págs. 3.112-3.114)

A reclamada reitera os argumentos apresentados nas razões de recurso de revista e sustenta que, em seu apelo, foram demonstrados os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de sua admissibilidade.

Não será apreciada a prefacial de nulidade da decisão regional, por negativa de prestação jurisdicional, nos termos do art. 282, § 2º, do CPC de 2015, por entender ser possível, no mérito, ser proferida decisão favorável à recorrente.

A executada sustenta que o não conhecimento de seu agravo de petição por suposta ausência de fundamentação implica ofensa ao seu direito de ampla defesa.

Argumenta que os argumentos lançados em suas razões de agravo de petição sustentam a mesma matéria de sua impugnação à sentença de liquidação, "até porque o comando da coisa julgada que deve ser restabelecido é o MESMO" (pág. 3.125).

Afirma que o recurso de agravo de petição, tal qual o recurso ordinário na fase de conhecimento, possui efeito devolutivo em profundidade, devendo ser analisado pela Corte regional.

Aponta ofensa ao artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e violação do artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015, além de contrariedade à Súmula nº 422, item III, do Tribunal Superior do Trabalho.

Transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região não conheceu do agravo de petição da reclamada/executada, com a seguinte fundamentação:

"1. CONHECIMENTO
DA AUSÊNCIA DE DIALÉTICA

No presente caso, verifica-se que o executado se limita em seu agravo de petição a repetir os exatos termos de sua defesa à impugnação de sentença de liquidação, às folhas 1747/1754, sem atacar em nenhuma medida os fundamentos da decisão agravada. Deve ser ressaltado que o simples fato de ter o agravante reproduzido a decisão agravada no início do seu recurso não satisfaz em nada a necessidade de fundamentação das razões de reforma.

Não raras vezes, verifica-se que as petições de recursos são desprovidas da técnica processual que a relevância dessa peça exigiria, a fim de resguardar-se, em última razão, o direito material perseguido pelas partes.

Segundo Júlio César Bebber, o princípio da dialética estabelece que "o recurso deve ser discursivo, cabendo ao recorrente alinhar os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido de nova decisão? (in Recursos no Processo do Trabalho - Teoria Geral dos Recursos, LTr, ano 2000, Página 254). Com base neste princípio, o recorrente deverá confrontar os argumentos da decisão impugnada com aqueles que entende corretos, tudo com vistas a deixar explícito o porquê da necessidade ou utilidade da reforma da decisão. A parte a quem interessa a reforma da decisão deve dizer por que a objetiva e os contornos desta pretensão, sob pena de não ter o recurso conhecido, conforme o entendimento consubstanciado na Súmula nº 422 do C. TST.

A circunstância ocorrida nos presentes autos demonstra, a toda evidência, afronta ao Princípio da Dialética, inscul-pido no artigo 514, inciso II, do CPC/73 e no artigo 1.010, inciso III do NCPC, de aplicação subsidiária por força do artigo 769 da CLT, caracterizando-se, assim, a hipótese de recurso desfundamentado.

Com efeito, cabe concluir que não se deve conhecer de qualquer recurso, desprovido de motivação. Caso contrário, poderia, também, ser alegada violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, visto que a parte contrária encontraria dificuldades para apresentar seus contra-argumentos, diante do desconhecimento das razões do incon-formismo da parte-recorrente e os fundamentos de fato e de direito de tal inconformismo. Pelo mesmo motivo a defesa genérica é inadmissível.

Ante o exposto, não conheço do agravo de petição interposto pelo executado por ausência de dialética, requisito previsto no artigo 514, inciso II, do CPC/73, no artigo 1.010, inciso III do NCPC e Súmulas 422 do C. TST e 51 deste E. TRT." (págs. 3.048 e 3.049)

Em resposta aos embargos de declaração interpostos pela executada, a Corte regional assim se pronunciou:

"DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO RÉU - NEGO PROVIMENTO

O Réu sustenta que há correlação entre o apelo e a decisão agravada, motivo pelo qual merecia conhecimento o agravo de petição interposto.

> Analiso.
> Conforme explicitado no acórdão embargado, o Réu se limitou a repetir em agravo de petição o seu embargo à execução. Ou seja, trouxe a este Juízo recursal os exatos mesmos argumentos levados ao Juízo de primeiro grau, o que não se admite, por não trazer os fatos e direitos que justificam a reforma da decisão a quo.
> Deve ser dito que a ressalva feita no item III da Súmula 422 do C. TST diz respeito apenas ao Recurso Ordinário, mas, ainda que assim não fosse, a Súmula 51 deste E. Tribunal Regional do Trabalho da XXª Região dispõe sobre a impossibilidade de conhecimento do recurso que não ataca os fundamentos da decisão recorrida.
> Mostra-se, portanto, correta a decisão de não conhecimento." (págs. 3.078 e 3.079)

Impende destacar, de início, que o feito em exame se trata de processo tramitando em fase de execução. Assim, de acordo com o disposto no § 2º do artigo 896 da CLT e na Súmula nº 266 desta Corte, a admissibilidade do recurso de revista se sujeita apenas à hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

Assim, desde logo se deixa de analisar as alegações de violação de preceito de lei, de contrariedade a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho e de divergência jurisprudencial.

O artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015 (artigo 515, § 1º do CPC de 1973) traz o princípio do efeito devolutivo em profundidade, do qual é dotado o recurso ordinário, por aplicação do artigo 769 da CLT:

> "§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro".

Nesse mesmo sentido, é o entendimento firmado no item I da Súmula nº 393 do TST, in verbis:

> "I - O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, §1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado."

Considerando que o efeito devolutivo em profundidade "transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa (...) desde que relativos ao capítulo impugnado", cabia à Corte regional julgar o apelo da reclamada, nos temas objetos dos capítulos por ela impugnados.

Ademais, o entendimento desta Corte superior é de que o item I da Súmula nº 422 do TST tem aplicabilidade restrita aos recur-

sos de natureza extraordinária, endereçados a esta Corte superior, podendo apenas ser aplicado, em caráter de exceção, aos recursos ordinários, somente na hipótese "de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença", não sendo essa a hipótese destes autos.

Neste sentido, é a redação do item III da Súmula nº 422 do TST, inserida pela Res. nº 199/2015, divulgada no DEJT em 24, 25 e 26/6/2015, in verbis:

> "SUM-422 RECURSO. FUNDAMENTO AUSENTE OU DEFICIENTE. NÃO CONHECIMENTO.
> I - Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida.
> (...)
> III - Inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença."

Observa-se, ainda, que, ao contrário do entendimento adotado pela Corte regional, não há falar em restrição de aplicabilidade do entendimento firmado no mencionado verbete sumular, aos recursos ordinários da fase cognitiva.

Isso porque o agravo de petição, embora seja manejado na fase executória da demanda, também deve observar o princípio devolutivo em profundidade de que trata o artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015, sob pena de implicar violação do direito da ampla defesa da parte, assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Neste sentido, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte superior:

> "RECURSOS DE REVISTA DO RECLAMADO E DO RECLAMANTE. ANÁLISE CONJUNTA. MATÉRIA COMUM. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO. NÃO PROVIMENTO EM RAZÃO DA REPETIÇÃO DAS ALEGAÇÕES FORMULADAS EM IMPUGNAÇÃO À SENTENÇA E EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. CERCEAMENTO DE DEFESA. No caso concreto, conforme se observa do acórdão recorrido, o Tribunal Regional negou provimento aos agravos de petição do reclamante e do reclamado sob o fundamento de que eles não impugnaram o fundamento adotado pela decisão de primeiro grau, porquanto teriam apenas repetido as alegações da impugnação à sentença de liquidação e dos embargos à execução. Assim, embora tenha negado provimento aos agravos de petição, na prática, a Corte de origem deles não conheceu. É sabido que os recursos de natureza ordinária, como é o agravo de petição, são dotados de ampla devolutividade, razão pela qual a mera reiteração dos argumentos da impugnação à sentença de liquidação e dos embargos à execução não implica necessa-

riamente ausência de dialeticidade. Nos termos da Súmula 422 do TST, o requisito de impugnação expressa dos fundamentos da decisão recorrida aplica-se apenas em relação aos recursos interpostos perante o TST. Para o recurso ordinário, segundo o item III da referida súmula, apenas se admite o não conhecimento do apelo quando as razões do recurso sejam inteiramente dissociadas dos fundamentos da sentença, o que não se verificou nos autos. Recursos de revista do reclamante e do reclamado conhecidos e providos" (RR-225800-66.2008.5.15.0117, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 22/2/2019).

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPC - EXECUÇÃO - AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO - CERCEAMENTO DE DEFESA - EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 422 DO TST O efeito devolutivo em profundidade do Recurso Ordinário (e, mutatis mutandis , do Agravo de Petição), que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, § 1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado. Inteligência da Súmula nº 393, I, do TST. Recurso de Revista conhecido e provido" (RR-1043-97.2011.5.02.0262, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 29/6/2018).

"II - RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/14. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS LANÇADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDA-DE. NÃO CARACTERIZAÇÃO . A jurisprudência do TST oscilava entre a possibilidade, ou não, de aplicação dos termos da Súmula 422 no âmbito dos Tribunais Regionais. Entretanto, a nova redação do referido verbete, consubstanciada na diretriz fixada em seu item III, pacificou a questão, no sentido de que, para ser conhecido, o recurso ordinário não necessita impugnar os exatos termos da sentença, em razão do efeito devolutivo em profundidade que lhe é peculiar. Assim, só será configurada a ausência de fundamentação do apelo veiculado em segundo grau se suas razões estiverem inteiramente dissociadas dos fundamentos da decisão de primeira instância. Precedentes de todas as Turmas desta Corte. Assim, o Tribunal Regional, ao não conhecer do agravo de petição do réu, sob o entendimento de que é mera repetição das razões dos embargos à execução, afronta o artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido por afronta ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e provido. CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e provido; recurso de revista conhecido e provido" (RR-1795-11.2012.5.10.0004, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de

Souza Agra Belmon-te, DEJT 8/6/2018).

"RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS LANÇADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Consoante a diretriz perfilhada pelo item III da Súmula nº 422 desta Corte, é "inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença". In casu, constata-se que, no agravo de petição, foram reiterados os argumentos lançados nos embargos à execução, demonstrando a efetiva impugnação da matéria. Essa circunstância, por si só, não caracteriza ofensa ao princípio da dialeticidade recursal, decorrente do comando impresso no inciso II do artigo 1013 do NCPC. Assim, o não conhecimento do agravo de petição interposto pela parte ofende a garantia constitucional do devido processo legal, positivada no inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-1036-51.2012.5.05.0371, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 17/2/2017)

"RECURSO DE REVISTA. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. MERAS TRANSCRIÇÕES DE TRECHOS DAS PEÇAS DE DEFESA. APLICAÇÃO DA ANTIGA REDAÇÃO DA SÚMULA/TST Nº 422. A jurisprudência do TST oscilava entre a possibilidade, ou não, de aplicação da Súmula 422 no âmbito dos Tribunais Regionais. Entretanto, a nova redação do referido verbete, consubstanciada na diretriz fixada em seu item III, pacificou a questão, no sentido de que, para ser conhecido, o recurso ordinário não necessita impugnar os exatos termos da sentença, em razão do efeito devolutivo em profundidade que lhe é peculiar. Assim, só será configurada a ausência de fundamentação do apelo veiculado em segundo grau se suas razões estiverem inteiramente dissociadas dos fundamentos da decisão de primeira instância. Referido entendimento também é aplicável ao agravo de petição que pode reiterar os termos dos embargos à execução. Precedentes de todas as Turmas desta Corte. Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, LIV e LV, da CF e provido." (RR-28100-96.1995.5.01.0030, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 11/11/2016)

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. REPRODUÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. SÚMULA 422 DO TST. ART. 514, II, DO CPC/73. INAPLICABILIDADE. Esta Corte, revendo sua

jurisprudência à luz do postulado da simples petição (CLT, art. 899), considera inaplicável o art. 514, II, do CPC/73 na instância ordinária trabalhista, salvo "em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença" (Súmula 422, III, do TST). No caso dos autos, o Tribunal Regional não conheceu do agravo de petição do Reclamado, com fundamento no artigo 514, II, do CPC/73 e na Súmula 422 do TST. Para tanto, asseverou que o agravo de petição limita-se a reproduzir, na íntegra, os argumentos lançados em sede de embargos à execução. Com ressalva de entendimento pessoal, há que se concluir que o não conhecimento do recurso ofendeu ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, também traduzindo má-aplicação da Súmula 422 do TST, impondo-se a retomada do julgamento pela Corte de origem. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-364-46.2013.5.15.0107, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 14/10/2016)

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/14. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AUSÊNCIA DE ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DA R. SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. A Súmula nº 422 do c. TST é de aplicação restrita aos recursos dirigidos a esta c. Corte Superior, revelando-se inadequada a sua indicação como óbice ao conhecimento do agravo de petição, ao qual é atribuído efeito devolutivo em profundidade, a teor do artigo 515, do CPC. Na hipótese, há de se reconhecer afronta ao princípio da ampla defesa, a que alude o artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-117800-84.2009.5.15.0133, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 1º/4/2016)

"(...). II - RECURSO DE REVISTA - EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AGRAVO DE PETIÇÃO. REPETIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. Esta Corte tem adotado o entendimento de que a mera reprodução dos Embargos à Execução nas razões do Agravo de Petição, não implica, por si só, ausência de impugnação específica e o não conhecimento do apelo por desfundamentado, nos termos do art. 514, II, do CPC, porquanto o art. 515, caput e § 1º, do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, autoriza a devolução ao TRT do conhecimento amplo de toda matéria fática e de direito controvertidos, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR-207100-35.2007.5.15.0066, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 4/3/2016)

Assim, a Corte regional, ao não conhecer do agravo de petição interposto pela reclamada, proferiu decisão em aparente violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Estando demonstrado possível violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, dou provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista na primeira sessão ordinária subsequente à data de publicação da certidão de julgamento deste agravo de instrumento, nos termos dos artigos 255, inciso III, alínea "c", e 256 do Regimento Interno do TST.

RECURSO DE REVISTA

EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE PETIÇÃO. PRETENSA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA DE LIQUIDAÇÃO. EFEIT©9O DEVOLUTIVO EM PROFUNDIDADE. SUMULAS Nos 393, ITEM I, E 422, ITEM III, DO TST

I - CONHECIMENTO

A executada sustenta que o não conhecimento de seu agravo de petição por suposta ausência de fundamentação implica ofensa ao seu direito de ampla defesa.

Argumenta que os argumentos lançados em suas razões de agravo de petição sustentam a mesma matéria de sua impugnação à sentença de liquidação, "até porque o comando da coisa julgada que deve ser restabelecido é o MESMO" (pág. 3.088).

Afirma que o recurso de agravo de petição, tal qual o recurso ordinário na fase de conhecimento, possui efeito devolutivo em profundidade, devendo ser analisado pela Corte regional.

Aponta ofensa ao artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal e violação do artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015, além de contrariedade à Súmula nº 422, item III, do Tribunal Superior do Trabalho.

Transcreve arestos para demonstrar o conflito de teses.

O Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região não conheceu do agravo de petição da reclamada/executada, com a seguinte fundamentação:

> "1. CONHECIMENTO
> DA AUSÊNCIA DE DIALÉTICA
> No presente caso, verifica-se que o executado se limita em seu agravo de petição a repetir os exatos termos de sua defesa à impugnação de sentença de liquidação, às folhas 1747/1754, sem atacar em nenhuma medida os fundamentos da decisão agravada. Deve ser ressaltado que o simples fato de ter o agravante reproduzido a decisão agravada no início do seu recurso não satisfaz em nada a necessidade de fundamentação das razões de reforma.
> Não raras vezes, verifica-se que as petições de recursos são desprovidas da técnica processual que a relevância dessa peça exigiria, a fim de resguardar-se, em última razão, o direito material perseguido pelas partes.
> Segundo Júlio César Bebber, o princípio da dialética estabelece que "o recurso deve ser discursivo, cabendo ao recorrente alinhar os fundamentos de fato e de direito que embasam o pedido de nova de-

cisão? (in Recursos no Processo do Trabalho - Teoria Geral dos Recursos, LTr, ano 2000, Página 254). Com base neste princípio, o recorrente deverá confrontar os argumentos da decisão impugnada com aqueles que entende corretos, tudo com vistas a deixar explícito o porquê da necessidade ou utilidade da reforma da decisão. A parte a quem interessa a reforma da decisão deve dizer por que a objetiva e os contornos desta pretensão, sob pena de não ter o recurso conhecido, conforme o entendimento consubstanciado na Súmula nº 422 do C. TST.

A circunstância ocorrida nos presentes autos demonstra, a toda evidência, afronta ao Princípio da Dialética, insculpido no artigo 514, inciso II, do CPC/73 e no artigo 1.010, inciso III do NCPC, de aplicação subsidiária por força do artigo 769 da CLT, caracterizando-se, assim, a hipótese de recurso desfundamentado.

Com efeito, cabe concluir que não se deve conhecer de qualquer recurso, desprovido de motivação. Caso contrário, poderia, também, ser alegada violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, visto que a parte contrária encontraria dificuldades para apresentar seus contra-argumentos, diante do desconhecimento das razões do inconformismo da parte-recorrente e os fundamentos de fato e de direito de tal inconformismo. Pelo mesmo motivo a defesa genérica é inadmissível.

Ante o exposto, não conheço do agravo de petição interposto pelo executado por ausência de dialética, requisito previsto no artigo 514, inciso II, do CPC/73, no artigo 1.010, inciso III do NCPC e Súmulas 422 do C. TST e 51 deste E. TRT." (págs. 3.048 e 3.049)

Em resposta aos embargos de declaração interpostos pela executada, a Corte regional assim se pronunciou:

> "DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO RÉU - NEGO PROVIMENTO
>
> O Réu sustenta que há correlação entre o apelo e a decisão agravada, motivo pelo qual merecia conhecimento o agravo de petição interposto.
>
> Analiso.
>
> Conforme explicitado no acórdão embargado, o Réu se limitou a repetir em agravo de petição o seu embargo à execução. Ou seja, trouxe a este Juízo recursal os exatos mesmos argumentos levados ao Juízo de primeiro grau, o que não se admite, por não trazer os fatos e direitos que justificam a reforma da decisão a quo.
>
> Deve ser dito que a ressalva feita no item III da Súmula 422 do C. TST diz respeito apenas ao Recurso Ordinário, mas, ainda que assim não fosse, a Súmula 51 deste E. Tribunal Regional do Trabalho da XXª Região dispõe sobre a impossibilidade de conhecimento do recurso que não ataca os fundamentos da decisão recorrida.
>
> Mostra-se, portanto, correta a decisão de não conhecimento." (págs. 3.078 e 3.079)

Impende destacar, de início, que o feito em exame se trata de processo tramitando em fase de execução. Assim, de acordo com o disposto no § 2º do artigo 896 da CLT e na Súmula nº 266 desta Corte, a admissibilidade do recurso de revista se sujeita apenas à hipótese de ofensa direta e literal de norma da Constituição Federal.

Assim, desde logo se deixa de analisar as alegações de violação de preceito de lei, de contrariedade a súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho e de divergência jurisprudencial.

O artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015 (artigo 515, § 1º do CPC de 1973) traz o princípio do efeito devolutivo em profundidade, do qual é dotado o recurso ordinário, por aplicação do artigo 769 da CLT:

> "§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro".

Nesse mesmo sentido é o entendimento firmado no item I da Súmula nº 393 do TST, in verbis:

> "I - O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, §1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado."

Considerando que o efeito devolutivo em profundidade "transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa (...) desde que relativos ao capítulo impugnado", cabia à Corte regional julgar o apelo da reclamada, nos temas objetos dos capítulos por ela impugnados.

Ademais, o entendimento desta Corte superior é de que o item I da Súmula nº 422 do TST tem aplicabilidade restrita aos recursos de natureza extraordinária, endereçados a esta Corte superior, podendo apenas ser aplicado, em caráter de exceção, aos recursos ordinários, somente na hipótese "de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença", não sendo essa a hipótese destes autos.

Nesse sentido, é a redação do item III da Súmula nº 422 do TST, inserida pela Res. nº 199/2015, divulgada no DEJT em 24, 25 e 26/6/2015, in verbis:

> "SUM-422 RECURSO. FUNDAMENTO AUSENTE OU DEFICIENTE. NÃO CONHECIMENTO.
> I - Não se conhece de recurso para o Tribunal Superior do Trabalho se as razões do recorrente não impugnam os fundamentos da decisão recorrida, nos termos em que proferida.
> (...)
> III - Inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência

> de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença."

Observa-se, ainda, que, ao contrário do entendimento adotado pela Corte regional, não há falar em restrição de aplicabilidade do entendimento firmado no mencionado verbete sumular, aos recursos ordinários da fase cognitiva.

Isso porque o agravo de petição, embora seja manejado na fase executória da demanda, também deve observar o princípio devolutivo em profundidade de que trata o artigo 1.013, § 1º, do CPC de 2015, sob pena de implicar em violação ao direito da ampla defesa da parte, assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Nesse sentido, destacam-se os seguintes precedentes desta Corte superior:

> "RECURSOS DE REVISTA DO RECLAMADO E DO RECLAMANTE. ANÁLISE CONJUNTA. MATÉRIA COMUM. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO. NÃO PROVIMENTO EM RAZÃO DA REPETIÇÃO DAS ALEGAÇÕES FORMULADAS EM IMPUGNAÇÃO À SENTENÇA E EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. CERCEAMENTO DE DEFESA. No caso concreto, conforme se observa do acórdão recorrido, o Tribunal Regional negou provimento aos agravos de petição do reclamante e do reclamado sob o fundamento de que eles não impugnaram o fundamento adotado pela decisão de primeiro grau, porquanto teriam apenas repetido as alegações da impugnação à sentença de liquidação e dos embargos à execução. Assim, embora tenha negado provimento aos agravos de petição, na prática, a Corte de origem deles não conheceu. É sabido que os recursos de natureza ordinária, como é o agravo de petição, são dotados de ampla devolutividade, razão pela qual a mera reiteração dos argumentos da impugnação à sentença de liquidação e dos embargos à execução não implica necessariamente ausência de dialeticidade. Nos termos da Súmula 422 do TST, o requisito de impugnação expressa dos fundamentos da decisão recorrida aplica-se apenas em relação aos recursos interpostos perante o TST. Para o recurso ordinário, segundo o item III da referida súmula, apenas se admite o não conhecimento do apelo quando as razões do recurso sejam inteiramente dissociadas dos fundamentos da sentença, o que não se verificou nos autos. Recursos de revista do reclamante e do reclamado conhecidos e providos" (RR-225800-66.2008.5.15.0117, 2ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, DEJT 22/2/2019).

> "RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPC - EXECUÇÃO - AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO - CERCEAMENTO DE DEFESA - EFEITO DEVOLUTIVO EM PROFUNDI-

DADE - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 422 DO TST O efeito devolutivo em profundidade do Recurso Ordinário (e, mutatis mutandis , do Agravo de Petição), que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC de 2015 (art. 515, § 1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado. Inteligência da Súmula nº 393, I, do TST. Recurso de Revista conhecido e provido" (RR-1043-97.2011.5.02.0262, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 29/6/2018).

"RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/14. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS LANÇADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO . A jurisprudência do TST oscilava entre a possibilidade, ou não, de aplicação dos termos da Súmula 422 no âmbito dos Tribunais Regionais. Entretanto, a nova redação do referido verbete, consubstanciada na diretriz fixada em seu item III, pacificou a questão, no sentido de que, para ser conhecido, o recurso ordinário não necessita impugnar os exatos termos da sentença, em razão do efeito devolutivo em profundidade que lhe é peculiar. Assim, só será configurada a ausência de fundamentação do apelo veiculado em segundo grau se suas razões estiverem inteiramente dissociadas dos fundamentos da decisão de primeira instância. Precedentes de todas as Turmas desta Corte.
Assim, o Tribunal Regional, ao não conhecer do agravo de petição do réu, sob o entendimento de que é mera repetição das razões dos embargos à execução, afronta o artigo 5º, LIV e LV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido por afronta ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e provido. CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e provido; recurso de revista conhecido e provido" (RR-1795-11.2012.5.10.0004, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 8/6/2018).

"RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS LANÇADOS NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Consoante a diretriz perfilhada pelo item III da Súmula nº 422 desta Corte, é "inaplicável a exigência do item I relativamente ao recurso ordinário da competência de Tribunal Regional do Trabalho, exceto em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença". In casu, constata-se que, no agravo de petição, foram reiterados os argumentos lançados nos embargos à execução, demonstrando a efetiva impugnação da matéria. Essa circunstância, por si só, não caracteriza ofensa ao princípio

da dialeticidade recursal, decorrente do comando impresso no inciso II do artigo 1013 do NCPC. Assim, o não conhecimento do agravo de petição interposto pela parte ofende a garantia constitucional do devido processo legal, positivada no inciso LIV do artigo 5º da Carta Magna. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-1036-51.2012.5.05.0371, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, 8ª Turma, DEJT 17/2/2017)

"RECURSO DE REVISTA. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. MERAS TRANSCRIÇÕES DE TRECHOS DAS PEÇAS DE DEFESA. APLICAÇÃO DA ANTIGA REDAÇÃO DA SÚMULA/TST Nº 422. A jurisprudência do TST oscilava entre a possibilidade, ou não, de aplicação da Súmula 422 no âmbito dos Tribunais Regionais. Entretanto, a nova redação do referido verbete, consubstanciada na diretriz fixada em seu item III, pacificou a questão, no sentido de que, para ser conhecido, o recurso ordinário não necessita impugnar os exatos termos da sentença, em razão do efeito devolutivo em profundidade que lhe é peculiar. Assim, só será configurada a ausência de fundamentação do apelo veiculado em segundo grau se suas razões estiverem inteiramente dissociadas dos fundamentos da decisão de primeira instância. Referido entendimento também é aplicável ao agravo de petição que pode reiterar os termos dos embargos à execução. Precedentes de todas as Turmas desta Corte. Recurso de revista conhecido por violação do art. 5º, LIV e LV, da CF e provido." (RR-28100-96.1995.5.01.0030, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, DEJT 11/11/2016)

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. REPRODUÇÃO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDA-DE. SÚMULA 422 DO TST. ART. 514, II, DO CPC/73. INAPLICABILIDADE. Esta Corte, revendo sua jurisprudência à luz do postulado da simples petição (CLT, art. 899), considera inaplicável o art. 514, II, do CPC/73 na instância ordinária trabalhista, salvo "em caso de recurso cuja motivação é inteiramente dissociada dos fundamentos da sentença" (Súmula 422, III, do TST). No caso dos autos, o Tribunal Regional não conheceu do agravo de petição do Reclamado, com fundamento no artigo 514, II, do CPC/73 e na Súmula 422 do TST. Para tanto, asseverou que o agravo de petição limita-se a reproduzir, na íntegra, os argumentos lançados em sede de embargos à execução. Com ressalva de entendimento pessoal, há que se concluir que o não conhecimento do recurso ofendeu ao artigo 5º, LV, da Constituição Federal, também traduzindo má-aplicação da Súmula 422 do TST, impondo-se a retomada do julgamento pela Corte de origem. Precedentes. Recurso de revis-

ta conhecido e provido." (RR-364-46.2013.5.15.0107, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, 7ª Turma, DEJT 14/10/2016)

"RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/14. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. AUSÊNCIA DE ATAQUE AOS FUNDAMENTOS DA R. SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. A Súmula nº 422 do c. TST é de aplicação restrita aos recursos dirigidos a esta c. Corte Superior, revelando-se inadequada a sua indicação como óbice ao conhecimento do agravo de petição, ao qual é atribuído efeito devolutivo em profundidade, a teor do artigo 515, do CPC. Na hipótese, há de se reconhecer afronta ao princípio da ampla defesa, a que alude o artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-117800-84.2009.5.15.0133, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, DEJT 1º/4/2016)

"(...). II - RECURSO DE REVISTA - EXECUÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. AGRAVO DE PETIÇÃO. REPETIÇÃO DOS FUNDAMENTOS DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. Esta Corte tem adotado o entendimento de que a mera reprodução dos Embargos à Execução nas razões do Agravo de Petição, não implica, por si só, ausência de impugnação específica e o não conhecimento do apelo por desfundamentado, nos termos do art. 514, II, do CPC, porquanto o art. 515, caput e § 1º, do CPC, de aplicação subsidiária ao processo do trabalho, autoriza a devolução ao TRT do conhecimento amplo de toda matéria fática e de direito controvertidos, sob pena de cerceamento do direito de defesa. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR-207100-35.2007.5.15.0066, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 4/3/2016)

Assim, a Corte regional, ao não conhecer do agravo de petição interposto pela reclamada, proferiu decisão em violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Nesse contexto, conheço do recurso de revista.

II - MÉRITO

Diante do conhecimento do recurso de revista por violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, a consequência lógica é o seu provimento.

Assim, dou provimento ao recurso de revista da reclamada para determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, para que conheça do seu agravo de petição e o julgue como entender de direito.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, dar provimento parcial ao agravo de instrumento para de-

terminar o processamento do recurso de revista, observando-se os termos dos artigos 255, inciso III, alínea "c", e 256 do Regimento Interno do TST; e conhecer do recurso de revista por violação do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal e, no mérito, dar-lhe provimento para determinar o retorno dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, para que conheça do seu agravo de petição e o julgue como entender de direito.

Brasília, 11 de setembro de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, 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, n.º 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de < > (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do *site*) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso:** mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n.º 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.