



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

Advocef

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

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

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.28, 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 (Niterói)

Diretor Jurídico

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretor Social

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Anna Claudia de Vasconcellos

Duílio José Sanchez Oliveira

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

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

Antonio Carlos Ferreira

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

Bruno Queiroz Oliveira

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

Cacilda Lopes dos Santos

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

Carolina Reis Jatobá Coêlho

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

Clarissa Bueno Wandscheer

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

Cláudio Gonçalves Marques

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

Davi Duarte

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

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 Delloro

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

Manuel Munhoz Caleiro

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

Reis Friede

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

Roberto Di Benedetto

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

Vera Regina Hippler

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

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

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

Membros Suplentes

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

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

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

Membros Suplentes

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

SUMÁRIO

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

PARTE 1 – ARTIGOS

A aplicação de medidas disciplinares a dirigentes de estatais	
<i>Alessandro Maciel e Celmar Corrêa de Oliveira</i>	<i>15</i>
A inconstitucionalidade do regime de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista (Decreto n.º 9.188, de 1º de novembro de 2017)	
<i>Gilberto Bercovici</i>	<i>35</i>
Argumentação jurídica por Stephen E. Toulmin	
<i>Ivan Kaminski do Nascimento</i>	<i>51</i>
Vedação às corretoras de criptomoedas e impedimentos de contas em instituições financeiras	
<i>Régis Canale dos Santos</i>	<i>69</i>
Política de gestão socioambiental e desenvolvimento sustentável no âmbito da Caixa Econômica Federal	
<i>Wladimir Roberto Vieira Jr.</i>	<i>91</i>
Licitações e contratos na nova lei das estatais	
<i>Floriane Benevides de Magalhães Neto e Lilese Barroso Benevides de Magalhães</i>	<i>113</i>
Regime jurídico dos empregados públicos e direito disciplinar: uma crítica à omissão da Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais)	
<i>Guilherme Bohrer Lopes Cunha</i>	<i>151</i>
Lei n.º 13.303/2016: o <i>compliance</i> e a transparência como elementos modernos do controle administrativo	
<i>Renila Lacerda Bragagnoli</i>	<i>173</i>
Grupo econômico e solidariedade tributária	
<i>Letícia Maracci Spanhe da Silva</i>	<i>199</i>
Direito Penal e religião. Eficácia da norma penal com o declínio da religião à luz da psicanálise no capitalismo. Interdisciplinaridade na economia, filosofia, psicanálise e teologia	
<i>Gouvan Linhares Lopes, Floriane Benevides de Magalhães Neto e Sara Maria da Silveira Fortuna</i>	<i>219</i>

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA**Superior Tribunal de Justiça**

Repetitivo. Precedência das ações coletivas sobre as individuais. Suspensão das ações individuais..... 249

Superior Tribunal de Justiça

Consignação em folha de pagamento. Morte do mutuário. Manutenção da dívida. Lei n.º 10.820/2003 283

Tribunal Superior do Trabalho

Mudança de Estrutura salarial. Quitação a direitos previstos na estrutura anterior. Aplicação da Súmula n.º 51, II, do TST 291

Tribunal Superior do Trabalho

Novo plano de benefícios de previdência privada. Exigência de saldamento de plano anterior. Ato de renúncia. Validade..... 299

Tribunal Superior do Trabalho

Caixa Econômica Federal. Gerente-geral de agência. PCS 1989. Jornada de trabalho 329

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 357

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, com muito orgulho, apresenta o vigésimo oitavo número da sua Revista de Direito, cujo material contribui de forma significativa para o reconhecimento da produção científica oriunda dos advogados da Caixa e demais operadores do Direito.

Nossa palavra é de agradecimento a todos os colaboradores da Revista, especialmente aos articulistas que dedicam muito do seu precioso tempo para a produção dos artigos com rico material de cunho jurídico. Registramos especial agradecimento também à Dra. Anna Cláudia de Vasconcelos, Presidente da ADVOCEF, entusiasta do nosso periódico e que, desde o início do seu mandato, tem sido atenciosa e dedicada aos assuntos da Revista de Direito.

Alguns dos artigos do nosso vigésimo oitavo volume possuem como temática a Lei das Estatais (Lei n. 13.303), promulgada no dia 30 de junho de 2016, com a finalidade de dispor sobre o estatuto jurídico de empresas públicas, sociedades de economia mista e suas respectivas subsidiárias no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A partir de um modelo híbrido, o qual incorpora aspectos do direito privado e do direito público, a legislação disciplina a administração dessas empresas e busca favorecer sua eficiência, ao estabelecer uma série de mecanismos de governança corporativa e de transparência. Além disso, incide sobre todas as estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens e de prestação de serviços. Sem dúvida, a referida legislação constitui um rico material para a produção científica dos advogados da Caixa.

O Direito, por sua vez, é mecanismo de combate e, se adequadamente utilizado, mostra-se relevante na construção de uma sociedade justa, humana e inclusiva. Nesta senda, investigar o mundo jurídico e debater a Ciência Jurídica é imposição inafastável. Tarefa árdua, contínua e permanente. A organização estatal e social possui os seus marcos determinados pelo Direito. Desse modo, compreender a produção e a aplicação de normas jurídicas é necessidade imperiosa para todos.

A Revista de Direito da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal segue seu caminho e persegue sua finalidade, vale dizer, estudar com seriedade o Direito e disseminar o seu entendimento.

Uma excelente leitura a todos!

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



PARTE 1

ARTIGOS

A aplicação de medidas disciplinares a dirigentes de estatais

Alessandro Maciel

*Discente da Pós-Graduação em
Gestão Pública na UERGS
Especialista em Gestão Pública pela UERGS
Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS*

Celmar Corrêa de Oliveira

*Coordenador do Curso de Especialização em
Gestão Pública na UERGS
Doutor em Recursos Hídricos e Saneamento
Ambiental pela UFRGS
Professor Permanente do Mestrado Ambiente e
Sustentabilidade da UERGS
Líder do Grupo de Pesquisa UERGS/CNPq Política,
Gestão Pública e Desenvolvimento*

RESUMO

Esta pesquisa busca trazer para discussão a possibilidade de dirigentes de empresas estatais da esfera federal terem sua conduta apurada por meio de processo administrativo disciplinar. O método de pesquisa é analítico, descritivo, qualitativo e documental. O estudo conceitua a figura do dirigente como administrador público e o seu dever de probidade motivado pelo princípio constitucional da moralidade administrativa. Partindo do sistema de gestão da Lei das Estatais, a pesquisa ingressa no estudo da governança corporativa como medida preventiva à função social das empresas governamentais e do sistema correcional da União como mecanismo de repressão a atos ilícitos funcionais praticados por dirigentes. Com base nessas referências, a pesquisa faz uma abordagem do Novo Estatuto Social da CAIXA, que, diante de sua alteração estatutária, prevê que o Conselho de Administração julgue a responsabilidade administrativa de atos da alta administração, indicando a existência de uma inovadora política de consequências no campo administrativo.

Palavras-chave: Dirigentes. Governança Corporativa. Lei das Estatais. Poder disciplinar.

ABSTRACT

This research seeks to bring to discussion the possibility of managers of state companies of the federal sphere, have their conduct cleared through disciplinary administrative process. The research method is analytical, descriptive, qualitative and documentary. The study conceptualizes the figure of the director as a public administrator and his duty of probity motivated by the constitutional principle of administrative morality. Starting from the management system of the state law, the research enters into the study of corporate governance as a preventive measure to the social function of government companies and the correctional system of the Union as a mechanism of repression to functional illicit acts practiced by leaders. Based on these references, the research makes an approach to the new bylaws of CAIXA, which before its statutory amendment stipulates that the Board of Directors considers the administrative responsibility of acts of senior management, indicating the existence an innovative policy of consequences in the administrative field.

Keywords: Corporate governance. Disciplinary power. Leaders. State law.

Introdução

Em períodos em que se busca tornar efetivo o princípio constitucional da moralidade administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB), com a discussão sobre o combate à corrupção deflagrada no país pós-Operação Lava-Jato, aliados a recentes instrumentos legislativos, tais como a Lei n. 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) e a Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais), que visam tornar a gestão mais eficiente e transparente no âmbito da Administração Pública, entende-se pertinente discutir a possibilidade de se aplicar medidas disciplinares a dirigentes de estatais.

Dentro desse contexto, a existência de mecanismos de controle social, preventivos e correccionais que possam ser utilizados para melhorar a governança corporativa das empresas estatais traz avanços ao modelo existente anteriormente à referida legislação, permitindo que o propósito que ensejou a criação legislativa seja realizado e, por consequência, reverta em benefício da coletividade.

O artigo contextualiza a atividade exercida pelas empresas estatais, trazendo o conceito introduzido pela Lei das Estatais e aborda o poder disciplinar e a sua aplicação na Administração Pública, partindo do pressuposto que o administrador público

possui dever de lealdade e honestidade decorrentes do princípio constitucional da moralidade administrativa.

Com o objetivo de analisar a possibilidade de esses dirigentes terem suas condutas apuradas por meio de processo administrativo disciplinar, examina-se o novo Estatuto da Caixa com foco nas alternativas jurídicas que o Conselho de Administração dispõe para apreciar a responsabilização administrativa dos seus dirigentes.

Nesses termos, definiu-se esta questão a ser investigada no estudo: como se insere no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de aplicação de medidas disciplinares a dirigentes de estatais?

1 Metodologia

A pesquisa do tipo exploratória, com obtenção de dados secundários (legislação e doutrina), tem como objetivo principal trazer para a discussão a possibilidade de aplicação de medidas disciplinares para corrigir fatos irregulares praticados por dirigentes de empresas estatais, entidades que compõem a administração indireta no âmbito da Administração Pública Federal, tomando como exemplo a mudança estatutária realizada pela Caixa Econômica Federal (CAIXA), em atendimento ao disposto na Lei das Estatais.

Os artigos encontrados foram integrados à base teórica da pesquisa e, juntamente com as referências impressas, forneceram os elementos que permitiram a contextualização do tema e o exame das possibilidades da apuração de condutas de dirigentes, por meio de processo administrativo disciplinar.

A busca das obras que serviram de fundamentação teórica à pesquisa se deu principalmente nos portais eletrônicos da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes),¹ do Repositório Digital da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Lume),² Escola Nacional de Administração Pública (Enap),³ pesquisa livre na Internet e também em acervo, no formato físico, da biblioteca da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul (UERGS) e próprio. Nessa busca, foram utilizadas as seguintes palavras-chave: “poder disciplinar”; “dirigentes”; “Lei das Estatais”; e “governança corporativa”.

¹ Disponível em: <<https://www.periodicos.capes.gov.br/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

² Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/8992>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

³ Disponível em: <<https://biblioteca.enap.gov.br/>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

Do resultado da busca, foram selecionados nessas bases de pesquisa artigos e publicações relacionados às palavras-chave que abordaram essa temática, limitado aos últimos cinco anos, não tendo sido localizadas publicações que abordem o sistema correccional da União Federal frente à recente alteração promovida pela Lei das Estatais.

2 O princípio da moralidade administrativa e o dever de probidade do dirigente de estatal

As normas do direito, sejam elas de caráter constitucional, disponibilizadas nas regras ou nos princípios que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), ou de caráter infraconstitucional, aos administradores públicos surgem deveres inerentes às atividades que exercem no seio de sua organização, respondendo a tais agentes pelo descumprimento das suas obrigações legais ou estatutárias.

Dentro dos princípios constitucionais citados anteriormente, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), tem especial destaque neste trabalho o princípio da moralidade administrativa, o qual insere a ideia de que a boa administração contenha a valorização do ato administrativo ao lado do conteúdo legal, como meio para alcance da satisfação do interesse público e como forma de contenção de discricionariedade que pudesse levar a abusos pelos administradores públicos (CAMARGO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-64).

Na lição de Wallace Paiva,

[...] o princípio da moralidade administrativa prega a observância de regras éticas na atividade administrativa, informadas por valores como boa-fé, diretivas de boa administração, honestidade, lealdade, interesse público, imparcialidade etc., que devem estar presentes na conduta do agente público e no ato praticado (objeto, motivo e finalidade). (MARTINS JUNIOR, 2009, p. 101)

Apesar de a doutrina em geral procurar distinções para os conceitos de probidade e moralidade, como apontado por Carvalho Filho (2018, p. 74), já que ambas as expressões são mencionadas na Constituição. Alguns consideram distintos os sentidos, entendendo que a probidade é um subprincípio da moralidade. Para outros, a probidade é um conceito mais amplo do que a moralidade, porque aquela não abarcaria apenas ele-

mentos morais. Certo é que ambas as definições são utilizadas para a *preservação do princípio da moralidade administrativa* (BUENO, 2014).

A atuação proba do administrador público consiste em pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração Pública. Não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2018, p. 74).

Em tempos de verdadeiro ataque ao regime democrático de direito, principalmente pelo uso de organizações auxiliares do Governo Federal para o patrocínio de interesses individuais em detrimento do interesse público, o dever de probidade torna-se obrigação relevante a ser protegida pelo Estado.

No início, a probidade era combatida como uma faculdade interna do órgão público, sempre fundamentada no regime disciplinar. A ordem constitucional atual entendeu que a repressão à improbidade administrativa não deveria limitar-se ao campo disciplinar, ficando assentado que o ato de improbidade na seara pública interessa a toda sociedade e não apenas a determinado órgão ou ente público. Em vista disso, criou-se uma responsabilidade paralela à disciplinar, exercida sob o prisma da sujeição geral (SIMÃO, 2017, p. 29-30).

Nesse contexto, surgem leis que, apesar de não fazerem parte do núcleo central do trabalho, estão inseridas no sistema de proteção aos atos lesivos à Administração Pública, constituindo-se em importantes instrumentos legislativos, tais como a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Anticorrupção e a legislação penal comum e extravagante.

A CRFB, no seu art. 37, § 4º,⁴ ao prever punição aos atos de improbidade administrativa, remeteu a matéria à regulamentação por legislação específica, o que levou à edição da Lei n. 8.492/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), importante instrumento legislativo que disciplina condutas de improbidade na Administração.

O referido diploma legal, de natureza político-administrativa, veio estruturada na forma de verdadeiro código geral de condutas, na medida em que impõe limites à gestão pública, estabelece sanções e limita o *jus puniendi* do Estado (CAMARGO; OLIVEIRA, 2017, p. 41-64).

⁴ Art. 37, § 4º. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

No que tange às condutas que limitam a atuação pública, tal código geral as distribuiu em três grandes blocos. O primeiro trata de condutas que geram o enriquecimento ilícito, o segundo de condutas que acarretam danos ao erário e o terceiro versa sobre condutas violadoras de princípios da Administração Pública.

Outro recente instrumento legislativo colocado à disposição da sociedade no combate a condutas ilícitas praticadas por pessoas físicas ou jurídicas está na Lei n. 12.846/2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção.

A doutrina, por entender que o seu espectro de atuação é mais amplo do que o mero combate à corrupção, o que se pode extrair do objeto juridicamente tutelado previsto no art. 1º,⁵ a define como “Lei de Probidade Administrativa Empresarial, exigindo que as pessoas jurídicas se relacionem com o Poder Público de modo reto e lúcido, na amplitude e limitações por ela fixadas”.⁶

Apesar de parecer evidente que há uma zona de coincidência entre os objetos tutelados pelas Leis n. 8.492/1992 e 12.846/2013, ambas convivem de forma harmoniosa no sistema de proteção contra atos lesivos à Administração Pública, pois, enquanto a Lei n. 8.492/1992 pune ações ou omissões praticadas por agentes públicos em consórcio ou não com particulares, a Lei n. 12.846/2013 objetiva a punição de ilícitos praticados por particulares contra a Administração Pública.⁷

3 O poder disciplinar nas empresas estatais

O conceito de empresa estatal é extraído do Decreto-lei n. 200/1967, diploma legal recepcionado pela CRFB, que, no seu art. 173, contempla as duas hipóteses em que o Estado exercerá a exploração de atividade econômica: a) quando imperioso à segurança nacional; b) ou relevante interesse coletivo. Integrantes da Administração Pública Indireta, tais empresas atuam de maneira descentralizada, sendo constituídas sob a forma de

⁵ Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

⁶ ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 16.

⁷ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Comentários ao art. 30. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 342.

empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias.

Mais recentemente, a Lei n. 13.303/2016, denominada Lei das Estatais, regulamentada pelo Decreto Federal n. 8.945/2016, dividiu o tema em dois eixos: um relacionado ao regime de licitação e contratação, que não integra o presente estudo; outro relacionado às regras de governança das empresas estatais, que, por envolverem a responsabilidade dos administradores no desempenho das suas funções de nível estratégico, devem integrar uma abordagem relativa à responsabilidade administrativa do dirigente de empresa estatal. O referido diploma legal regula o §1º do art. 173 da CRFB⁸, trazendo, dentro do ordenamento jurídico, uma sujeição especial ao regime disciplinar oriundo do Estatuto Social, que se estabelece como obrigação entre todos agentes públicos que integram o quadro de empresas estatais.

O poder disciplinar decorre da lei, seja ela o Estatuto do Servidor Público para o caso de agentes públicos da administração direta ou o estatuto da entidade quando o servidor integra a administração indireta, como no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme o art. 4º, *caput* e incs. I e II, do Decreto-lei n. 200/1967.⁹

⁸ Art. 173, § 1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998): I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 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 n.º 19, de 1998); III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998); IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998); V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998).

⁹ Art. 4º A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista. d) fundações públicas. (Incluído pela Lei n.º 7.596, de 1987).

José Armando da Costa conceitua regime disciplinar como o “[...] conjunto de normas referentes aos vários institutos do direito disciplinar e constantes de um regulamento autônomo ou de uma seção especial de um determinado servidor” (COSTA, 1981, p. 7). Segundo o doutrinador, o regime disciplinar pode ser comum, aquele que se aplica a todos os servidores públicos da pessoa federativa, ou especial, porque endereçado a uma categoria restrita.

A aplicação do poder disciplinar ao dirigente distingue-se daquela aplicável ao servidor ou empregado, pois a atividade executada pelo primeiro se dá em nível estratégico, exprimindo a vontade da estatal quando representada pelo dirigente, portanto, no topo da estrutura organizacional, enquanto que os segundos, por executarem atividades mais operacionais, possuem um controle mais efetivo, de certa forma até mais fácil de ser constatado e executado por parte da própria organização ou órgão controlador regulador responsável. É importante mencionar que o dirigente pode ou não ser servidor ou empregado de carreira da estatal, devendo o enquadramento ao regime disciplinar depender da natureza jurídica da situação.

Ao lado do dever de probidade, outros deveres estão inseridos nas atribuições dos administradores públicos, que são o dever de prestar contas perante a sociedade e à própria instituição e o dever de eficiência.

Por sua vez, o desempenho de atividade administrativa pressupõe hierarquia e disciplina, as quais são denominadas pela doutrina de poderes ou fatos administrativos que ocorrem dentro da estrutura funcional da Administração Pública.

Do poder ou sistema hierárquico decorre a disciplina funcional, a qual se trata da situação de respeito que os agentes da Administração Pública devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres a eles impostos (CARVALHO FILHO, 2018, p. 68). A partir desta breve contextualização sobre princípios e a legislação que define o papel do administrador público de entes paraestatais, a ideia aqui é verificar, dentro dos mecanismos de controle estatal, de que forma os dirigentes das estatais são alcançados pelas leis, normas e atos da administração quando do descumprimento de seus deveres.

Neste sentido, importante conceituar e elencar as hipóteses que podem estar submetidos os agentes que desempenham as atribuições nas empresas estatais. Diretor é “1. Que dirige, comanda, administra. 2. Termo usualmente aplicado para pessoas que exercem cargos de comando, na estrutura organizacional de uma empresa, associação ou órgão público. 3. Para o Dir. Ci-

vil e Comercial, necessita de instrumento que confira a extensão e limite de seus poderes, como procuração ou estatuto social, de modo que, se exceder os limites de seu mandato, poderá responder pessoalmente pelos atos que provoquem danos à organização ou a terceiros” (GUIMARÃES, 2018, p. 349). Os dirigentes são pessoas que ocupam assento na alta administração das empresas estatais, sendo responsáveis pelo atendimento do interesse público que norteia a missão e os objetivos empresariais traçados.

Considerando o universo de recrutamento, seja mediante nomeação externa ou interna, quando pertencente ao quadro funcional, o agente que exerce cargo de direção merece estudo específico no que se refere à sua submissão ao poder disciplinar, podendo-se destacar três hipóteses: a) pertence ao quadro da empresa estatal; b) não pertence ao quadro da estatal; ou c) não pertence à estatal, mas a outro órgão ou entidade estatal.

Também integram o sistema de proteção da ordem jurídica relacionada ao dever de probidade a responsabilidade administrativa e as responsabilidades civil e criminal, regras gerais e especiais previstas na legislação pátria como independentes, que devem ser aplicadas de maneira harmônica a fim de evitar sobreposições entre elas, mas, principalmente, propiciar proteção a bens jurídicos que são fundamentais ao bom desempenho das empresas estatais. Para facilitar a compreensão do tema, foi elaborado um quadro sintético referente às responsabilidades a que se sujeitam as pessoas jurídicas e naturais, bem como as consequências dela decorrentes quando houver conduta irregular dolosa ou culposa do agente público.

Após discorrer sobre o sistema constitucional geral de responsabilização de agentes públicos, tratando de modo genérico o poder disciplinar e os mecanismos legislativos de prevenção e repressão a atos lesivos à Administração Pública disciplinados na lei de improbidade administrativa e lei de combate à corrupção, o trabalho entra na seara administrativa, mais especificamente nos aspectos de governança corporativa - mecanismo preventivo ao desvio da função social das empresas estatais, assim como no sistema de correição das empresas estatais do Poder Executivo Federal, como mecanismo de repressão responsável por punir ilícitos funcionais cometidos por dirigentes de estatais.

4 A governança corporativa como medida preventiva ao desvio da função social das empresas estatais e o sistema de correição das empresas estatais

O tema Governança Corporativa é tratado de forma incipiente no Brasil, mas tem recebido, nos últimos anos, atenção especial das empresas da iniciativa privada. Com a edição da Lei das Estatais, passou a ser realidade também para as empresas que exercem função no setor público. A Governança Corporativa, segundo o conceito extraído do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC),

[...] é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas.¹⁰

Os recentes escândalos de corrupção envolvendo empresas estatais mostraram a necessidade de um aprimoramento da governança corporativa existente no setor público e exigindo do poder legislativo, enquanto representante dos anseios da nossa sociedade, uma resposta célere no combate ao desvio de finalidade do exercício de sua função social, motivo pelo qual foram criadas.

Além da Lei das Estatais, outras legislações, tal como a lei de combate à corrupção, já tratada anteriormente, são oriundas desse contexto na tentativa de resgatar a credibilidade de sociedades empresárias que exercem papel de extrema importância ao país.

As regras de governança incorporadas ao arcabouço legal brasileiro estão focadas, em síntese, na sistematização da gestão e de órgãos de controle interno das estatais, na transparência e no combate à corrupção.

O Tribunal de Contas da União (TCU), ao elaborar Referencial Básico de Governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública, trouxe a visão de Governança do Banco Mundial:

[...] diz respeito a estruturas, funções, processos e tradições organizacionais que visam garantir que as ações planejadas (programas) sejam executadas de tal maneira que atinjam seus objetivos e resultados de for-

¹⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança Corporativa**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 04 maio 2018.

ma transparente (WORLD BANK, 2013). Busca, portanto, maior **efetividade** (produzir os efeitos pretendidos) e maior **economicidade** (obter o maior benefício possível da utilização dos recursos disponíveis) das ações.¹¹

Como corolário do referencial de governança corporativa no setor público, o art. 9º da Lei n. 13.303/2016 contemplou novo requisito de controle para todas empresas estatais, instituindo as três linhas de defesa em controle interno e gestão de risco.¹² O referido dispositivo legal determina, inclusive, a elaboração e divulgação de Código de Conduta e Integridade com padrões mínimos de exigência e sanções administrativas aplicáveis em caso de violação às regras estabelecidas, como proteção interna do serviço da Administração Pública apto a reprimir o agente que atua em desconformidade com a lei, normas e atos da administração.

4.1 Do sistema correcional

Esgotados os meios preventivos de controle e fiscalização, também fazem parte da Governança Corporativa mecanismos que permitem apurar, no âmbito administrativo, as responsabilidades dos dirigentes que atuam contrariamente ao interesse público, com a aplicação de penalidade decorrente de processo administrativo disciplinar instaurado pela própria estatal ou por meio de órgão definido como responsável por tal atribuição.

Nesse sentido, o Poder Executivo Federal, por meio do Decreto n. 5.480/2005, criou um sistema de correição que compreende as atividades relacionadas à prevenção e apuração de responsabilidades no seu âmbito, via instauração e condução de procedimentos correccionais, conforme art. 1º, § 1º, do Decreto n. 5.480/2005. Ao órgão central do referido sistema, antes vinculado à Controladoria Geral da União (CGU) e, atualmente, ao

¹¹ BRASIL. Tribunal Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Versão 2. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹² Art. 9º. A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estrutura e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: I – ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II – área responsável pela verificação de obrigações e de gestão de riscos; III – auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União, conforme Decreto n. 8.910/2016, compete, dentre outras atividades, instaurar sindicâncias, procedimentos e processos administrativos disciplinares em razão: a) da inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou na entidade de origem (redação dada pelo Decreto n. 7.128/2010); b) da complexidade e relevância da matéria; c) da autoridade envolvida; ou d) do envolvimento de servidores de mais de um órgão ou entidade.

O dispositivo regulatório permite, ainda, que o órgão central do sistema avoque sindicâncias, procedimentos e processos disciplinares em curso em órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal quando verificada qualquer das hipóteses previstas no inciso VIII, inclusive promovendo a aplicação da penalidade cabível.

Pela leitura da legislação supramencionada, extrai-se que, quando não exista no estatuto de empresas estatais vinculadas ao Governo Federal regramento próprio para instauração de processo administrativo disciplinar com intuito de apurar e apreciar a conduta irregular de seus dirigentes, compete ao sistema correcional criado pelo Decreto n. 5.480/2005 atuar no cumprimento da sua função instituída pela lei¹³.

Em virtude de tudo o que foi colocado acerca da Governança Corporativa, entende-se que empresas estatais de grande porte devem prever, em seus estatutos, a possibilidade de responsabilização administrativa de seus dirigentes, sem prejuízo de encaminhamentos decorrentes do enquadramento na seara cível, criminal ou administrativa, esta via Lei de Improbidade Administrativa e Lei Anticorrupção, já abordadas anteriormente.

4.2 Estudo de caso envolvendo o novo Estatuto da CAIXA

A CAIXA, enquanto empresa pública federal regida pelo seu Estatuto Social, integra o Sistema Financeiro Nacional e é auxiliar da execução da política de crédito do Governo Federal, conforme art. 3º do Decreto n. 7.973/2013, exercendo atividade econômica com amparo no art. 173 da CRFB.¹⁴ O seu regime jurídico

¹³ BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2006/11/ex-diretor-dos-correios-e-punido-com-demissao>>. Notícia publicada no sítio em: 28 novembro 2006. Acesso em: 30 novembro 2018.

¹⁴ **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 interes-

é o de direito privado, sendo, portanto, abrangida pelas normas do Direito Administrativo e pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Tratando-se de um banco público, que tem como principal atributo sua reputação junto à sociedade, imperioso que os dirigentes nomeados para sua administração exerçam suas atribuições estatutárias pautados pelo dever da probidade, condição essencial para o desempenho de função na administração pública.

O Estatuto da CAIXA, contemplado no Decreto n. 7.973/2013, vigente até 13 de dezembro de 2017, não dispunha sobre a possibilidade de instauração de processo disciplinar para dirigente do banco, pairando dúvida quanto à autoridade que teria legitimidade para instaurar e quem seriam os agentes responsáveis pela instrução e pelo julgamento do processo administrativo. Portanto, na vigência do Decreto n. 7.973/2013, em virtude da lacuna existente no regramento interno da empresa sobre a responsabilização do dirigente por infração à lei, estatuto ou regramento interno, o entendimento é de que seria aplicável o Decreto n. 5.480/2005. Como norma geral regulatória do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, as hipóteses de competência tratadas no referido diploma legal dariam legitimidade ao órgão correcional da CGU para instaurar processo disciplinar no âmbito de qualquer empresa estatal e, ao final, realizar julgamento da responsabilidade administrativa correspondente à infração funcional praticada por dirigente da estatal, sem prejuízo das responsabilidades civis e penais dela decorrentes.

Com o advento da Lei das Estatais, a CAIXA promoveu alterações no seu Estatuto Social, adequando-o ao art. 6º da Lei n. 13.303/2016¹⁵, que determinou mudança no regime jurídico e na governança das empresas do Governo Federal.

O novo Estatuto Social segregou as funções exercidas pela Diretoria e as funções do Conselho de Administração (CA), enquanto órgão máximo da instituição, no desempenho de atri-

se coletivo, conforme definidos em lei. **§ 1º.** A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

¹⁵ Art. 6º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

buições estratégicas, orientadoras e fiscalizadoras.¹⁶ As alterações efetivadas vieram ao encontro da nova lei, proporcionando uma série de adaptações já exigidas pelos princípios básicos de Governança Corporativa adotados em empresas privadas que se sujeitam ao mercado, os quais estão atualmente atrelados a forte compromisso da alta administração com o fiel cumprimento ao ordenamento jurídico vigente e às boas práticas da governança corporativa, traduzido pelas Políticas Corporativas, normas internas e pelo Código de Conduta, que devem ser observados pelos empregados e dirigentes no desempenho das atividades que lhes são peculiares.

No que tange ao poder disciplinar, um dos assuntos que sofreu modificação, se comparado com o estatuto anterior, Decreto n. 7.973/2013, foi a criação do Comitê de Correição composto por membros do Conselho de Administração e Conselho Fiscal, como órgão responsável pelo julgamento dos processos disciplinares instaurados para apuração de fato irregular cometido por dirigentes do banco.

O referido comitê traz avanços à política de responsabilização de dirigentes no âmbito da estatal em relação ao previsto pelo estatuto anterior, que ficava restrito aos casos de perda do cargo em situações decorrentes de não comparecimento às reuniões do Conselho Diretor, afastamento injustificado e desempenho insuficiente em avaliação formal realizada anualmente.¹⁷

O Estatuto aprovado, além do Comitê de Correição¹⁸, contempla, na estrutura organizacional da empresa, a área da

¹⁶ Art. 13. A CEF terá Assembleia Geral e os seguintes órgãos estatutários de administração: I - o Conselho de Administração, que tem, na forma prevista em lei e neste Estatuto, atribuições estratégicas, orientadoras e fiscalizadoras; e II - a Diretoria, que terá até trinta e cinco membros, sendo: a) o Presidente da CEF; b) até doze Vice-Presidentes; c) o Diretor Jurídico; e d) até vinte e um Diretores Executivos.

¹⁷ Art. 13 Perderá o cargo: I - o membro do Conselho de Administração que deixar de comparecer, sem justificativa escrita, a três reuniões ordinárias consecutivas ou a quatro reuniões ordinárias alternadas durante o mandato; II - o Presidente, o Vice-Presidente, o Diretor-Executivo ou o Diretor Jurídico que se afastar, sem autorização, por mais de trinta dias; e III - O Diretor-Executivo que tiver a avaliação desfavorável na forma da alínea "w" do inciso I do **caput** do art. 37. Parágrafo único. A perda do cargo não elide a responsabilidade civil e penal a que estejam sujeitos os membros dos órgãos de administração, o Diretor Jurídico e os Diretores-Executivos da CEF, em virtude do descumprimento de suas obrigações.

¹⁸ Art. 57. O Comitê de Correição, como órgão auxiliar do Conselho de Administração da CEF, ao qual se reportará diretamente, funcionará sob

Corregedoria, órgão que já havia sido constituído pelo Conselho Diretor, mas que ganha maior relevância na medida em que passa a ter previsão estatutária. Segundo o disposto no parágrafo único do art. 71 do Estatuto vigente,¹⁹ incumbe à Corregedoria instaurar apuração de responsabilidade para os casos que envolvam o Presidente, Vice-Presidentes e Diretores da CAIXA, processos esses que serão julgados, por expressa disposição estatutária, pelo Comitê de Correição.

No que se refere ao julgamento do processo disciplinar e à repercussão da penalidade a ser aplicada ao dirigente, para a correta adequação da norma ao caso concreto, pertinente analisar se o dirigente integra o quadro funcional da instituição financeira ou se é nomeado seguindo o disposto no Estatuto e requisitos mínimos da Lei das Estatais, sem possuir, portanto, qualquer vínculo com a CAIXA.²⁰

No primeiro caso, tratando-se de empregado público, existe natureza jurídica híbrida em relação ao vínculo mantido, seja pelo contrato de trabalho inerente à relação contratual de uma instituição financeira de direito privado regida pela CLT, seja pela natureza jurídica enquanto empresa pública federal, que revela também a necessidade da submissão da relação existente aos princípios que regem a administração pública.

demanda e será integrado por três membros, dos quais dois provenientes do Conselho de Administração e um do Conselho Fiscal. § 1º Os membros serão escolhidos e nomeados pelo Conselho de Administração, sem direito ao recebimento de remuneração adicional, com mandato de dois anos, não coincidente para cada membro, permitidas até duas reconduções, podendo ser destituídos, nesse período, mediante decisão motivada da maioria absoluta dos membros do referido Conselho. [...]. § 4º Compete ao Comitê de Correição, além de outras atribuições delegadas pelo Conselho de Administração, emitir parecer sobre as atividades relacionadas à prevenção e à apuração de irregularidades disciplinares, após a remessa dos autos pelo Corregedor da CEF, quando envolver o Presidente, Vice-Presidentes e Diretores.

¹⁹ Art. 71. São atribuições da Corregedoria realizar a(o): I - gestão do processo de apuração de responsabilidade disciplinar e civil, compreendendo regras relacionadas ao processo, análise preliminar, instauração e instrução do processo; II - gestão da ética e do regime disciplinar; III - prevenção de irregularidades e danos e monitoração do cumprimento de penalidades; [...]; Parágrafo único. Nos casos envolvendo Presidente, Vice-Presidentes e Diretores, o processo de apuração de responsabilidade ficará a cargo da Corregedoria, que o encaminhará para o Comitê de Correição, que será responsável pelo julgamento.

²⁰ BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. **Processo Disciplinar: Empresas Estatais**. Brasília, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/curso-de-pad>>. Acesso em: 05 maio 2018.

À luz do direito do trabalho, a nomeação para o exercício do cargo de dirigente torna suspenso o contrato de trabalho, conforme hipótese prevista no art. 471 da CLT.²¹

Embora suspenso, o contrato mantém alguns efeitos, tais como os deveres de lealdade, sigilo e boa-fé, deveres esses que são inerentes à relação entre empregado e empregador. Em decorrência da manutenção dos efeitos contratuais, inexistirá óbice a que o dirigente empregado seja submetido ao poder disciplinar, por infração à lei, ao estatuto ou regramento interno.

Destaca-se que a penalidade administrativa a ser aplicada ao dirigente empregado ultrapassa a exoneração do cargo de direção, podendo, em caso de falta grave, afetar a relação contratual com a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, conforme hipóteses contempladas no art. 482 da CLT,²² sem prejuízo das responsabilidades cíveis e criminais.

Nas situações em que o dirigente não tenha vínculo laboral com a CAIXA, entende-se aplicável a subdivisão fornecida pelo Manual de Processo Disciplinar da CGU para Empresas Estatais: a) dirigente sem vínculo, porém com outro vínculo estatutário ou trabalhista com outro ente estatal; b) dirigente sem vínculo com outro ente estatal.²³

²¹ Art. 471 - Ao empregado afastado do emprego, são asseguradas, por ocasião de sua volta, todas as vantagens que, em sua ausência, tenham sido atribuídas à categoria a que pertencia na empresa.

²² Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) ato de improbidade; b) incontinência de conduta ou mau procedimento; c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar; m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.

²³ BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. **Processo Disciplinar**: Empresas Estatais. Brasília, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/curso-de-pad>>. Acesso em: 05 maio 2018.

Para os primeiros, o processo disciplinar poderá acarretar a exoneração do cargo de direção, assim como embasar a instauração de processo administrativo no órgão ou ente estatal originário. Já para os casos previstos na segunda hipótese, a penalidade administrativa se restringe à exoneração do cargo de direção, sem prejuízo da responsabilidade cível e criminal e da comunicação aos órgãos de controle para fins de enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa e afins.

Destaca-se que as adequações realizadas pelo Conselho de Administração em relação à Governança Corporativa foram consolidadas em recente manual normativo que disciplina a Política de Consequências CAIXA, regra interna que estabelece, de forma clara e objetiva, um conjunto de medidas de consequências aplicáveis aos dirigentes, empregados e terceiros, contribuindo com a efetividade da gestão de riscos, *compliance* e controles, como elementos que integram uma governança forte e que possibilitam a sustentabilidade necessária ao cumprimento da função social definida na Constituição.²⁴

As alterações estatutárias promovidas por intermédio da Lei das Estatais, especialmente aquelas decorrentes da possibilidade de instauração de processo disciplinar para apuração de responsabilidade decorrente do ato irregular cometido por dirigente da CAIXA, com o respectivo julgamento pelo órgão competente, se constituem em verdadeiro avanço em relação ao Estatuto revogado, pois permitem que a própria instituição financeira, respeitados os princípios constitucionais e normas envolvidos no processo administrativo disciplinar, estabeleça meios próprios de correção de atos contrários à lei e à sua política corporativa, como mecanismo de repressão que se entende mais profícuo que a utilização da norma geral correccional a ser aplicada a todos os entes da administração pública direta e indireta do Poder Executivo Federal.

²⁴ PO 060 – Política de Consequências CAIXA. Objetivo. Estabelecer princípios e diretrizes norteadores da edição, divulgação e aplicação de medidas de consequências aos empregados, aos dirigentes, empresas contratadas, profissionais contratados e empregados/servidores cedidos para a CAIXA em virtude de condutas e ações de gestão vinculadas ao cumprimento e descumprimento do Código de Ética da CAIXA - RH103, do Código de Conduta dos Empregados e Dirigentes - RH200, do Código de Conduta da Vice-Presidência de Gestão de Ativos de Terceiros - RH169, do Regulamento de Pessoal - RH053, do Programa de Integridade - OR142 e normas internas e externas, inerentes ao mandato e atividades assumidas.

Conclusão

A partir dos princípios que regem a administração pública, o trabalho destaca a necessidade de o administrador público, dirigente de empresa estatal, agir com honestidade e probidade.

Na proteção dos deveres inerentes ao dirigente, surgiram novos instrumentos legislativos baseados no princípio constitucional da moralidade administrativa e na melhoria da Governança Corporativa, como medidas preventivas e repressivas ao desvio da função social das empresas que auxiliam a atividade estatal de forma descentralizada, constituindo-se em exemplo dessas medidas a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei das Estatais e a Lei Anticorrupção.

Paralelamente ao arcabouço legal e suas consequências específicas em relação à proteção ao interesse público, no âmbito administrativo, quando o dirigente atentar quanto às atribuições legais e estatutárias que lhe são impostas, o mesmo é submetido ao poder correcional da própria organização, quando expressamente previsto, ou na sua lacuna, por meio do sistema correcional criado no âmbito do Governo Federal, com o advento do Decreto n. 5.480/2005.

Em resposta à questão proposta no estudo, ao analisar o Estatuto Social da CAIXA, comparando-o antes e depois da vigência do Decreto n. 7.973/2013, revogado pela assembleia geral aprovada pelo Conselho de Administração em consonância com a Lei n. 13.303/2016, entende-se que, no âmbito interno, é possível aplicar medida disciplinar a dirigente da estatal. Portanto, houve avanço na política de consequências da referida instituição financeira, pois contemplou a possibilidade de instauração de processo administrativo disciplinar e de instância decisória competente para julgar a conduta irregular de dirigentes que atuem em desacordo com a lei, estatuto ou regramento interno.

O conjunto de medidas de Governança Corporativa adotadas pelo banco público, enquanto empresa pública federal pertencente ao setor público, constitui-se em boa prática de governança a ser instituída nas demais empresas estatais, pois fortalece o compromisso do setor no desempenho da função social para as quais foram criadas.

Referências

- BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Corregedoria-Geral da União. **Processo Disciplinar: Empresas Estatais**. Brasília, nov. 2015. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/curso-de-pad>>. Acesso em: 05 maio 2018.
- BRASIL. Tribunal Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. Versão 2. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>>. Acesso em: 31 ago. 2018.
- BUENO, Jorge Arbex. **Princípio da moralidade administrativa, probidade e improbidade administrativa**. Teresina, nov. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34275/principio-da-moralidade-administrativa-probidade-e-improbidade-administrativa>>. Acesso em: 16 jul. 2018.
- CAMARGO, Patrícia Maria Seger de; OLIVEIRA, Celmar Correa de. Lei de improbidade administrativa brasileira: mecanismo preventivo à boa administração pública? **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, v. 12, n. 1, p. 41-64, 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/23218>>. Acesso em: 16 jul. 2018.
- doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369423218>.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**, 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.
- COSTA, José Armando da. **Teoria e prática do direito disciplinar**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieli. **Dicionário técnico jurídico**. Atualizado por Ana Paula Schwenck dos Santos. 21. ed. São Paulo: Rideel, 2018.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança Corporativa**. São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>>. Acesso em: 04 maio 2018.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SIMÃO, CALIL. **Improbidade Administrativa: teoria e prática**. 3. ed. rev., atual. Leme: JH Mizuno, 2017.
- ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Coord.). **Lei Anticorrupção comentada**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

A inconstitucionalidade do regime de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista (Decreto n.º 9.188, de 1º de novembro de 2017)

Gilberto Bercovici

*Professor Titular da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo
Professor do Programa de Mestrado em Direito da
Universidade Nove de Julho – UNINOVE*

RESUMO

Ao regulamentar a Lei n.º 13.303/2016, o Decreto n.º 9.188/2017, em seu artigo 1º, § 3º, violou o princípio constitucional da reserva de lei, posto que a norma legal não faz nenhuma referência, por exemplo, ao ativo imobilizado ou intangível, componentes do ativo não circulante, destinado à manutenção das atividades e à produção de bens e serviços que constituem o objeto da empresa. O texto previsto no artigo 4º e parágrafo único, determinando que o regime jurídico do processo de alienação dos ativos das sociedades de economia mista é de direito privado, não possui fundamento constitucional.

Palavras-chave: Sociedades de economia mista. Desinvestimento. Decreto n.º 9.188/2017. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Decree n.º 9,188 / 2017, in its article 1, paragraph 3, violated the constitutional principle of the reservation of law, since the legal norm makes no reference, for example, to fixed assets or intangible assets, components of non-current assets, intended for the maintenance of activities and for the production of goods and services that constitute the object of the company. The text provided for in article 4 and sole paragraph, determining that the legal regime of the process of alienation of assets of mixed-capital companies is private law does not have constitutional basis.

Keywords: Joint-stock companies. Disinvestment. Decree n.º 9.188 / 2017. Unconstitutionality.

O Decreto n.º 9.188, de 1º de novembro de 2017, instituindo o “regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista”, foi editado com a justificativa de regulamentar os artigos 28, §3º, II e §4º e 29, XVIII da Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016:

Artigo 28, §3º, II e §4º da Lei n.º 13.303/2016: *“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:*

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”.*

Artigo 29, XVIII da Lei n.º 13.303/2016: *“É dispensável a realização de licitação por empresas públicas e sociedades de economia mista: XVIII - na compra e venda de ações, de títulos de crédito e de dívida e de bens que produzam ou comercializem”.*

Em um Estado de Direito, a atuação estatal se pauta pela legalidade, em todas as suas dimensões, estatuída de acordo com a hierarquia normativa estabelecida pela Constituição (MEYER, 2006, p.308-315). A legalidade, princípio constante, entre outros, do artigo 37, *caput* da Constituição de 1988¹, é, na feliz expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, o “*princípio basilar do regime jurídico-administrativo*” (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 89; DI PIETRO, 2007, p. 58-59). Mesmo na seara econômica, em que a necessidade da rapidez das decisões e ações justifica a denominada “capacidade normativa de conjuntura” (GRAU, 2008, p. 230-233), com a atribuição de poderes

normativos a órgãos do Executivo, como o Conselho Monetário Nacional, por exemplo, a legalidade não pode ser violada. Neste sentido, em seu clássico *Direito Administrativo Econômico* (*Wirtschaftsverwaltungsrecht*), Ernst Rudolf Huber já destacava o princípio da legalidade da administração econômica (*Prinzip der Gesetzmässigkeit der Wirtschaftsverwaltung*), ou seja, a obrigatoriedade de todos os atos administrativos econômicos terem fundamento legal (HUBER, 1953, p. 59-60).

No entanto, quando se fala em legalidade e em lei, a primeira distinção necessária que se deve fazer é entre lei em sentido formal e lei em sentido material. Esta distinção foi criada no século XIX pelo publicista alemão Paul Laband, como forma de solucionar o conflito constitucional que durou de 1861 a 1866 entre o Rei da Prússia e o Parlamento prussiano sobre a natureza jurídica do orçamento e, conseqüentemente, sobre os poderes do Parlamento em aprovar a lei orçamentária e controlar, assim, as finanças estatais. Para resolver o conflito constitucional prussiano, Laband desenvolveu a teoria dualista da lei, que seria adotada pela maioria dos publicistas posteriores².

De acordo com a teoria dualista da lei, as leis podem ser leis em sentido material e leis em sentido formal. A lei em sentido material é sinônimo de norma jurídica, podendo ser estatuída pelos mais variados órgãos, desde que dotados de poder normativo para tanto. Já a lei em sentido formal é a lei propriamente dita, a lei como ato promulgado pelo Poder Legislativo, fruto do processo legislativo (FAGUNDES, 1979, p. 20-25; LEAL, 1960, p. 65-66; SILVA, 2006, p. 25-28; VAZ, 1996, p. 17-31; MAURER, 2006, p. 65 e 68-69).

No caso brasileiro, o artigo 5º, II da Constituição de 1988, que repete a clássica expressão *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, está tratando da lei em sentido material, da sujeição à norma jurídica em geral, ao ordenamento jurídico. A necessidade expressa

¹ Art. 37, *caput* da Constituição de 1988: *“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”*.

² LABAND, 1871, p. 3-11; LABAND, 1997, vol. 2, p. 1-23 e 61-84 e JELLINEK, 1964, p. 226-261. Especificamente sobre esta distinção em Paul Laband e em Georg Jellinek, *vide* BÖCKENFÖRDE, 1981, p. 226-253; VAZ, 1996, p. 125-139 e MONCADA, 2002, p. 71-83 e 88-115. Para uma crítica de um contemporâneo de Laband a esta distinção, *vide* MAYER, 2004, §6, nº1, p. 64-67.

de lei em sentido formal surge de forma destacada em outros dispositivos do texto constitucional, como, por exemplo, o artigo 5º, XXXIX, que determina que não há crime sem lei anterior que o defina, ou o artigo 150, I, que trata da legalidade tributária (FERREIRA FILHO, 1995, p. 200-201; GRAU, 2008, p. 246-247.)³.

Os regulamentos e atos normativos expedidos por órgãos do Poder Executivo, como decretos, resoluções, portarias, são, neste sentido, lei em sentido material, que se distinguem da lei em sentido formal não pelo seu conteúdo ou efeito vinculativo, mas pelo órgão elaborador das normas. Como foram promulgados por órgãos do Poder Executivo, atuam com base em uma lei em sentido formal, dependem de uma lei em sentido formal para serem válidos, vigentes e eficazes. Afinal, se o poder regulamentar não for limitado pela Constituição, alerta Forsthoff, corre-se o risco de se esvaziar o princípio da subordinação da Administração Pública à lei⁴.

A adoção de uma Constituição rígida reforça o regime da legalidade, pois implica na adoção de um sistema de hierarquia das fontes jurídicas. A Constituição, como norma de hierarquia mais alta que a da lei ordinária, significa que o Poder Legislativo está subordinado ao Poder Constituinte. Geralmente, a Constituição é mais genérica que a lei ordinária, que é mais genérica do que os regulamentos ou outros atos normativos de hierarquia inferior, ou seja, há uma série escalonada de atos juridicamente relevantes que parte da Constituição, passa pela lei e pelos regulamentos até chegar aos atos meramente executivos. Como destaca Adolf Merkl, a Administração Pública se encontra envolvida de tal forma nesse escalonamento de funções jurídicas que todas as ações administrativas são ações dentro dessa estrutura escalonada e hierarquicamente estruturada⁵.

Otto Mayer, em seu clássico *Direito Administrativo Alemão* (*Deutsches Verwaltungsrecht*), cuja primeira edição é de 1895, foi pioneiro em destacar as duas dimensões da legalidade: a supremacia da lei (*Vorrang des Gesetzes*) e a reserva da lei (*Vorbehalt des Gesetzes*). A primeira dimensão da legalidade, diretamente vinculada à hierarquia das fontes jurídicas, é a da primazia ou supremacia da lei. Para Otto Mayer, a supremacia

³ Em sentido contrário, entendendo que o dispositivo do artigo 5º, II da Constituição se refere à lei em sentido formal, vide BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 91-94 e 318-323.

⁴ SILVA, 2006, p. 33-36; FORSTHOFF, 1966, vol. 1, p. 120-124 e 129-130; ALESSI, 1978, vol. 1, p. 418-419; MAURER, 2006, p. 69-71

⁵ MERKL, 2004, p. 219-223; LEAL, 1960, p. 62-63; FORSTHOFF, 1966, vol. 1, p. 118-120; MAURER, 2006, p. 63-67.

da lei é um ato de vontade estatal jurídica que implica na força da lei. A primazia da lei significa que a Administração Pública é obrigada a agir de acordo com a lei, ou seja, proíbe infrações ou violações às leis existentes⁶. Nas palavras de Victor Nunes Leal (1960, p.99):

Entre o regulamento e a lei, como acertadamente observou Duguit, não há diferença substancial, mas formal, não há diferença de natureza, mas de grau ou hierarquia. O regulamento, exatamente como a lei, é um ato de natureza normativa; a distinção reside na subordinação do regulamento à lei. Mas o regulamento não é mera reprodução da lei. É um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim de garantir a sua exata e fiel execução. É fundamental, entretanto, que nesta sua função de complementar a lei, não a infrinja" (grifos meus).

Da mesma maneira que os atos normativos do Executivo, em virtude da hierarquia das fontes jurídicas e da supremacia da lei, não podem revogar nem derrogar as leis ordinárias precedentes, assim como normatizar para além do que determinou a lei ordinária que os fundamenta, a matéria tratada pelos atos normativos do Executivo, como os regulamentos e similares, hierarquicamente inferiores perante a lei, também não pode ser matéria reservada à disciplina legislativa formal (reserva de lei)⁷. Este tema, o da reserva de lei, foi muito debatido na doutrina alemã pós-Segunda Guerra Mundial. As discussões sobre a reserva de lei foram travadas entre os defensores de uma reserva total legislativa, concretamente irrealista, e a corrente majoritária, adepta de uma reserva de lei parcial. O Tribunal Constitucional Federal alemão chegou, inclusive, a criar uma teoria, a chamada "Teoria da Essencialidade" ("*Wesentlichkeitstheorie*"), que entendia que todas as matérias que fossem significativas para a liberdade e a existência dos indivíduos deveriam ficar reservadas à lei em sentido formal, debatida e aprovada pelo Parlamento⁸. No nosso sistema constitucional, a reserva de lei, ou seja, o domínio exclusivo da lei ordinária deve ser constitucionalmente

⁶ MAYER, 2004, §6, n.º 2, p. 68-69; MAURER, 2006, p. 115; OSSENBÜHL, 2007, p. 184-187.

⁷ ALESSI, 1978, vol. 1, p. 421; DI PIETRO, 2007, p. 81. Esta é a segunda dimensão da legalidade, a da reserva de lei MAYER, 2004, §6, n.º 3, p. 69-73; VAZ, 1996, p. 31-37 e 139-145; MAURER, 2006, p. 115-126; MONCADA, 2002, p. 83-88.

⁸ OSSENBÜHL, 2007, p. 188-220. Para uma análise sobre o debate alemão em torno do tema da reserva de lei, vide MONCADA, 2002, p. 168-296.

definido, afinal, trata-se de quais decisões políticas do Estado irão ganhar dignidade legislativa para obterem uma especial força jurídica (FERREIRA FILHO, 1995, p. 201-202; MONCADA, 2002, p. 264).

Essas considerações sobre as dimensões da legalidade, da supremacia e da reserva de lei são extremamente úteis para que se possa traçar os contornos e os limites do poder normativo atribuído ao Poder Executivo. Esses limites constitucionais e legais ficam mais evidentes quando o Poder Executivo ultrapassa suas atribuições constitucionais e legais e emite normas manifestamente contrárias ao ordenamento constitucional brasileiro, como é o caso aqui analisado.

O artigo 1º, §3º do Decreto n.º 9.188/2017 possibilita a alienação sem licitação dos ativos pertencentes às sociedades de economia mista:

Artigo 1º do Decreto n.º 9.188/2017: *“Fica estabelecido, com base na dispensa de licitação prevista no art. 29, caput, inciso XVIII, da Lei n.º 13.303, de 30 de junho de 2016, e no âmbito da administração pública federal, o regime especial de desinvestimento de ativos das sociedades de economia mista, com a finalidade de disciplinar a alienação de ativos pertencentes àquelas entidades, nos termos deste Decreto.*

§1º - As disposições previstas neste Decreto aplicam-se às sociedades subsidiárias e controladas de sociedades de economia mista.

§2º - As disposições previstas neste Decreto não se aplicam às hipóteses em que a alienação de ativos esteja relacionada aos objetos sociais das entidades previstas no caput e no §1º, às empresas de participação controladas pelas instituições financeiras públicas e aos bancos de investimentos, que continuarão sendo regidos pelo disposto no art. 28, §3º, inciso I, da Lei n.º 13.303, de 2016.

§3º - O regime de que trata o caput poderá abranger a alienação parcial ou total de ativos.

§4º - Para os fins do disposto neste Decreto, consideram-se:

I - ativos - as unidades operacionais e os estabelecimentos integrantes do seu patrimônio, os direitos e as participações, diretas ou indiretas, em outras sociedades; e

II - alienação - qualquer forma de transferência total ou parcial de ativos para terceiros.

§5º - O disposto neste Decreto não se aplica às operações de alienação entre a sociedade de economia mista e as suas subsidiárias e controladas e às operações entre as subsidiárias e as controladas”.

A alienação de bens e ativos de entes da Administração Pública tem por regra, advinda do próprio texto constitucional de 1988, a exigência de licitação. A licitação é uma imposição constitucional expressa, conforma determinam os artigos 37, XXI, e 173, §1º, III da Constituição de 1988:

*Artigo 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e **alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (grifos meus).*

*Artigo 173, §1º, III: §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: III - **licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública** (grifos meus).*

A legalidade, a isonomia e a impessoalidade são os princípios estruturantes de qualquer licitação pública. Não apenas a Constituição, mas a legislação específica reitera estes princípios, como a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, dentre outras. A impessoalidade determina, entre outros deveres, que a Administração Pública esteja proibida expressamente de discriminar quem quer que seja sem fundamento legal, ou seja, todos devem ser tratados igualmente perante a Administração (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012, p. 73-74; ÁVILA, 2004, p. 45-80 e 110-150). Do mesmo modo, a legislação é explícita ao vedar qualquer tipo de preferência ou distinção sem fundamento no ordenamento jurídico, visando frustrar justamente o caráter competitivo do procedimento licitatório. Afinal, o fundamento da ideia de licitação é o da competição, sem privilégios entre os concorrentes. Nesse mesmo sentido, Eros Roberto Grau enfatiza que o pressuposto da licitação é a competição, como possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos capacitados à licitação:

Há competição, pressuposto da licitação, quando o universo dos possíveis licitantes não estiver previamente circunscrito, de sorte que dele não se exclua algum ou alguns licitantes potenciais. Por isso, impõe-

se que a competição, de que ora se trata, pressuposto da licitação, seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração⁹.

No sistema constitucional brasileiro, a licitação, portanto, é a regra, e a dispensa de licitação é a exceção. Ora, referido artigo 29, XVIII da Lei n.º 13.303/2016 prevê a dispensa de licitação de forma taxativa nos casos específicos de compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívida ou de bens que as sociedades de economia mista produzam ou comercializem. Não há nenhuma autorização legislativa à dispensa de licitação em casos de venda de todo e qualquer ativo das sociedades de economia mista, como determina o artigo 1º, §3º do Decreto n.º 9.188/2017. A alienação eventual de ações não pode ser confundida com alienação de todo e qualquer ativo. Do mesmo modo, comercializar produtos ou bens que a empresa produza também não se confunde com todos os ativos da mesma.

O conceito de ativo diz respeito à universalidade de bens e direitos da empresa que revertam em benefício econômico. A Lei n.º 13.303/2016 se refere apenas a uma parcela do conjunto de ativos que pode ser alienada sem licitação, que são compra e venda de ações, títulos de crédito e de dívidas ou de bens que as sociedades de economia mista produzam ou comercializem. Não há qualquer referência na referida lei sobre, por exemplo, o ativo imobilizado ou intangível, componentes do ativo não circulante, ou seja, os ativos destinados à manutenção das atividades e à produção de bens e serviços que constituem o objeto da empresa (artigo 178 da Lei n.º 6.404/1976, com a redação modificada pela Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009)¹⁰.

No caso do Decreto n.º 9.188/2017, está-se diante de uma clara violação do princípio constitucional da reserva de lei, com a pretensão de o decreto ir muito além do que autoriza a lei que supostamente regulamenta. O Poder Executivo ultrapassou visivelmente os limites de sua competência normativa estabelecida no artigo 84, IV da Constituição:

⁹ GRAU, 1995, p. 14-15. Mais adiante, Eros Grau acrescenta ainda outro significado à competição nas licitações, além do tratado aqui, o da disputa entre os licitantes em torno da oportunidade de contratarem com a Administração.

¹⁰ Sobre o tratamento legal dos ativos das empresas, *vide* LAMY FILHO; PEDREIRA, 2009, vol. II, p. 1566-1580. Para a classificação tradicional dos ativos, anterior à modificação introduzida pela Lei n.º 11.941/2009, *vide* PEDREIRA, 1989, p. 322-333.

Artigo 84, IV da Constituição de 1988: “*Compete privativamente ao Presidente da República: IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*” (grifos meus).

A doutrina publicista brasileira contemporânea, com base no artigo 5º, III do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967 (com a redação alterada pelo Decreto-Lei n.º 900, de 29 de setembro de 1969), define a sociedade de economia mista como uma entidade integrante da Administração Pública Indireta, dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado. Apesar de sua personalidade de direito privado, a sociedade de economia mista, como qualquer empresa estatal, está submetida a regras especiais decorrentes de sua natureza de integrante da Administração Pública. Essas regras especiais decorrem de sua criação autorizada por lei, cujo texto excepciona a legislação societária, comercial e civil aplicável às empresas privadas. Na criação da sociedade de economia mista, autorizada pela via legislativa, o Estado age como Poder Público, não como acionista. A sua constituição só pode se dar sob a forma de sociedade anônima, devendo o controle acionário majoritário pertencer ao Estado¹¹, em qualquer de suas esferas governamentais, pois ela foi criada deliberadamente como um instrumento da ação estatal¹².

Sob a Constituição de 1988, toda empresa estatal está submetida às regras gerais da Administração Pública (artigo 37 da Constituição) e ao controle do Congresso Nacional (artigo 49, X, no caso das empresas estatais pertencentes à União). Além disso, o orçamento de investimentos das estatais federais deve estar previsto no orçamento geral da União (artigo 165, §5º da Constituição de 1988).

¹¹ A sociedade de economia mista não pode efetuar acordos de acionistas que transfiram o poder de controle estatal para sócios minoritários privados. O Estado deve ser o controlador de direito e de fato, ou seja, não pode compartilhar o poder de controle de sociedade de economia mista. Afinal, o Estado não tem disponibilidade para negociar livremente o interesse público, pois está vinculado à Constituição e à legalidade. Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 179; COMPARATO, 1999, p. 65-68; FIGUEIREDO, 2000, p. 227-235 e GRAU, 2000, p. 350-357.

¹² Vide, por todos, FERREIRA, 1956, p. 133-136; PAIVA, 1995, p. 313-316; SOUZA, 1994, p. 273-276; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 175-178 e 189; GRAU, 2007, p. 111-119; DI PIETRO, 2007, p. 394, 414-415 e 420-421; CARVALHOSA, 1999, vol. 4, tomo I, p. 357-361 e 375-378.

Da mesma forma que a sociedade de economia mista deve ter sua criação autorizada por lei (artigo 37, XIX da Constituição), ela só pode ser extinta por lei ou na forma da lei. Essa necessidade de autorização legislativa para a extinção das empresas estatais em geral (inclusive as sociedades de economia mista) sempre foi defendida pela doutrina administrativista brasileira (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 190; DI PIETRO, 2007, p. 414-416), estando hoje consagrada no artigo 61, §1º, II, 'e' da Constituição de 1988, com a redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 32, de 11 de setembro de 2001¹³.

Não pode, portanto, um mero decreto determinar uma política de alienação de ativos das sociedades de economia mista que pode comprometer a sua própria existência e continuidade, uma espécie de privatização disfarçada, como faz o Decreto n.º 9.188/2017. Esse decreto, inclusive, cria uma nova forma de desestatização, o desinvestimento (alienação de ativos) sem licitação prévia, que contraria o próprio texto da Lei n.º 9.491, de 9 de setembro de 1997, que regulamenta o Plano Nacional de Desestatização, e o artigo 28, *caput* da Lei n.º 13.303/2016.

Sob a Constituição de 1988, as empresas estatais estão subordinadas às finalidades do Estado, como o desenvolvimento (artigo 3º, II da Constituição). Nesse sentido, é correta a afirmação de Paulo Otero, para quem o interesse público é o fundamento, o limite e o critério da iniciativa econômica pública¹⁴. A legitimação constitucional, no caso brasileiro, dessa iniciativa econômica pública, da qual as sociedades de economia mista constituem exemplos, se dá pelo cumprimento dos requisitos constitucionais e legais fixados para a sua atuação. Os objetivos das empresas estatais estão fixados por lei, não podendo furtar-se a esses objetivos. Devem cumpri-los, sob pena de desvio de finalidade. Para isso, foram criadas e são mantidas pelo Poder Público.

A sociedade de economia mista é um instrumento de atuação do Estado, devendo estar acima, portanto, dos interesses privados. A Lei das S.A. (Lei n.º 6.404/1976) se aplica às sociedades de economia mista¹⁵, desde que seja preservado o interesse

¹³ Artigo 61, §1º, II, 'e': "*§1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: II - disponham sobre: e) criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI*" (grifos meus).

¹⁴ OTERO, 1998, p. 122-131 e 199-217. Vide também PÜTTNER, 1969, p. 87-98; COLSON, 2001, p. 99-111; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 178-183.

¹⁵ FERREIRA, 1956, p. 131-133 e 138-145 e CARVALHOSA, 1999, vol. 4, tomo I, p. 351-353, 367-368, 374 e 376-378. Sobre a influência do direito público na estrutura societária das empresas estatais na Alemanha, vide PÜTTNER, 1969, p. 318-324 e 374-378 e EMMERICH, 1969, p. 162-165 e 189-210.

público que justifica sua criação e atuação (artigo 235). O seu artigo 238 também determina que a finalidade da sociedade de economia mista é atender ao interesse público, que motivou sua criação. A sociedade de economia mista está vinculada aos fins da lei que autoriza a sua instituição, que determina o seu objeto social e destina uma parcela do patrimônio público para aquele fim. Não pode, portanto, a sociedade de economia mista, por sua própria vontade, utilizar o patrimônio público para atender a uma finalidade diversa da prevista em lei (DI PIETRO, 2007, p. 417-418), conforme expressa o artigo 237 da Lei das S.A.

O objetivo essencial das sociedades de economia mista não é a obtenção de lucro, mas a implementação de políticas públicas. Segundo Fábio Konder Comparato, a legitimidade da ação do Estado como empresário (a iniciativa econômica pública do artigo 173 da Constituição de 1988) é a produção de bens e serviços que não podem ser obtidos de forma eficiente e justa no regime da exploração econômica privada. Não há nenhum sentido em o Estado procurar receitas por meio da exploração direta da atividade econômica¹⁶. A esfera de atuação das sociedades de economia mista é a dos objetivos da política econômica, de estruturação de finalidades maiores, cuja instituição e funcionamento ultrapassam a racionalidade de um único ator individual (como a própria sociedade ou seus acionistas). A empresa estatal em geral, e a sociedade de economia mista em particular, não tem apenas finalidades microeconômicas, ou seja, estritamente “empresariais”, mas tem essencialmente objetivos macroeconômicos a atingir, como instrumento da atuação econômica do Estado¹⁷.

Esses dispositivos constitucionais são formas distintas de vinculação e conformação jurídica, constitucionalmente definidas, que vão além do disposto no artigo 173, §1º, II, que iguala o regime jurídico das empresas estatais prestadoras de atividade econômica em sentido estrito ao mesmo das empresas privadas em seus aspectos civil, comercial, trabalhista e tributário¹⁸. A natu-

¹⁶ Cf. COMPARATO, 1977, p. 289 e 390-391 e GRAU, 1994, p. 273-276. *Vide*, ainda, CARVALHOSA, 1999, vol. 4, tomo I, p. 376-378 e 412-418 e PÜTTNER, 1969, p. 86-87.

¹⁷ CIRENEI, 1983, p. 479-480 e 483 e CAFFERATA, 1993, p. 31, 42 e 104-105. *Vide* também PAIVA, 1995, p. 319-320; EMMERICH, 1969, p. 71-78 e BERCOVICI, 2009, vol. 1, p. 266-269.

¹⁸ Sobre a influência da atividade prestada (serviço público ou atividade econômica em sentido estrito) no regime jurídico das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), *vide* BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 183-184; GRAU, 2007, p. 140-146 e DI PIETRO, 2007, p. 412-414. Na doutrina estrangeira, *vide*, por exemplo, FLEINER, 1933, p. 198-209 e COLSON, 2001, p. 330-332.

reza jurídica de direito privado é um expediente técnico que não derroga o direito administrativo, sob pena de inviabilizar a empresa estatal como instrumento de atuação do Estado¹⁹. Nesse sentido, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 179):

O traço nuclear das empresas estatais, isto é, das empresas públicas e sociedades de economia mista, reside no fato de serem coadjuvantes de misteres estatais. Nada pode dissolver este signo insculpido em suas naturezas. Dita realidade jurídica representa o mais certo norte para a inteligência destas pessoas. Conseqüentemente, aí está o critério retor para interpretação dos princípios jurídicos que lhes são obrigatoriamente aplicáveis, pena de converter-se o **acidental** - suas personalidades de direito privado - em **essencial**, e o essencial - seu caráter de sujeitos auxiliares do Estado - em **acidental** (grifos do autor).

Fica evidente, assim, que o texto previsto no artigo 4º, parágrafo único do Decreto n.º 9.188/2017²⁰, que determina que o regime jurídico do processo de alienação dos ativos das sociedades de economia mista é de direito privado, não tem qualquer fundamento constitucional. Trata-se de tentativa de fuga do regime de direito público aplicável por determinação constitucional a toda e qualquer sociedade de economia mista enquanto ente integrante da Administração Pública Indireta.

A tentativa de utilização do Decreto n.º 9.188/2017 como forma de legitimar ações contrárias à ordem constitucional brasileira torna-se patente com o disposto no seu artigo 40, §1º²¹,

¹⁹ TÁCITO, 1997, vol. 1, p. 691-698; GRAU, 1981, p. 101-111; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 178-183 e 185-188; GRAU, 2007, p. 111-123 e 278-281 e DI PIETRO, 2007, p. 416-418 e 421-428. Na doutrina estrangeira, sobre os regimes jurídicos das empresas estatais, em geral, e das sociedades de economia mista, em particular, *vide* HUBER, 1953, vol. 1, p. 530-532; CHENOT, 1965, p. 312-313; FORSTHOFF, 1966, vol. 1, p. 478-483; PÜTTNER, 1969, p. 125-140 e 368-380; EMMERICH, 1969, p. 58-62; FARJAT, 1971, p. 189-198; GIANNINI, 1999, p. 163-166; COLSON, 2001, p. 297-301 e 328-330; DELVOLVÉ, 1998, p. 672-675 e 706-731 e BADURA, 2005, p. 145-164, especialmente p. 146-147.

²⁰ Artigo 4º do Decreto n.º 9.188/2017: *“A sociedade de economia mista, no prazo de trinta dias, contado da data de assinatura dos instrumentos jurídicos negociais de cada alienação, encaminhará cópias desses documentos para ciência do Tribunal de Contas da União.*

Parágrafo único. *Os instrumentos jurídicos negociais firmados no processo de alienação serão regidos pelos preceitos de direito privado”.*

²¹ Artigo 40, §1º do Decreto n.º 9.188/2017: *“§1º - Em relação aos procedimentos competitivos de alienação já iniciados na data de publicação deste Decreto, caso exercida a faculdade de adesão prevista no art. 3º, §1º, ficam preservados os atos anteriormente praticados”.*

que busca "regularizar" todos os atos praticados na venda de ativos das sociedades de economia mista que não obedeceram ao disposto na Constituição e na legislação em vigor. Os atos praticados nessas alienações sem licitação, dirigidas a um determinado beneficiário privado, não podem ser convalidados pelo Poder Executivo, como pretende o artigo 40, §1º do Decreto n.º 9.188/2017. Um ato nulo não é passível de convalidação²².

Portanto, fica evidente que as sociedades de economia mista estão constitucional e legalmente vinculadas aos fins definidos nas suas leis instituidoras, não havendo possibilidade jurídica de utilizarem o seu patrimônio, por sua própria vontade ou do governante de plantão, para atender a outras finalidades, comprometendo, inclusive, a sua própria continuidade e atuação como ente da Administração Pública Indireta do Estado.

Diante de toda a argumentação desenvolvida anteriormente, torna-se clara a inconstitucionalidade do Decreto n.º 9.188/2017, cujo texto é absolutamente incompatível com os preceitos constitucionais estabelecidos no texto de 1988. Nesse sentido, a decisão liminar do Ministro Ricardo Lewandowski tomada em 27 de junho de 2018, em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5624, determinando que qualquer alienação de ações que implique perda do controle público sobre as empresas estatais só pode ser efetuada mediante prévia aprovação de lei e por meio de licitação pública restaura a legalidade violada inúmeras vezes desde 2016 por um processo de desmonte e entrega de ativos públicos sem qualquer fundamento constitucional.

Referências

- ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978, vol. 1.
- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **O Princípio da Impessoalidade da Administração Pública**: Para uma Administração Imparcial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BADURA, Peter. **Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung**: Ein exemplarischer Leitfaden. 2. ed. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed, São Paulo: Malheiros, 2006.

²² BANDEIRA DE MELLO, 1969, vol. 1, p. 576-586; BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 446; DI PIETRO, 2007, p. 226-227 e 230 e ZANCANER, 1993, p. 76.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1969, vol. 1.

BERCOVICI, Gilberto. "Os Princípios Estruturantes e o Papel do Estado" in CARDOSO JR, José Celso (org.). **A Constituição Brasileira de 1988 Revisitada: Recuperação Histórica e Desafios Atuais das Políticas Públicas nas Áreas Econômica e Social**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2009, vol. 1., p. 255-291.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Gesetz und gesetzgebende Gewalt: Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus**. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1981.

CAFFERATA, Roberto. **La Società per Azioni Pubblica: Equilibrio Economico e Strategie di Transizione**. Milano: FrancoAngeli, 1993.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 4, tomo I.

CHENOT, Bernard. **Organisation Économique de l'État**, 2. ed. Paris: Dalloz, 1965.

CIRENEI, Maria Teresa. **Le Imprese Pubbliche**. Milano: Giuffrè, 1983.

COLSON, Jean-Philippe. **Droit Public Économique**. 3. ed. Paris: L.G.D.J., 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 2. ed. São Paulo: RT, 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. "Sociedade de Economia Mista Transformada em Sociedade Anônima Ordinária - Inconstitucionalidade", **Revista Trimestral de Direito Público** n.º 25, 1999, p. 61-68.

DELVOLVÉ, Pierre. **Droit Public de l'Économie**. Paris: Dalloz, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

EMMERICH, Volker. **Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen**. Bad Homburg/Berlin/Zürich: Verlag Gehlen, 1969.

FARJAT, Gérard. **Droit Économique**. Paris: PUF, 1971.

FERREIRA, Waldemar Martins. **A Sociedade de Economia Mista em seu Aspecto Contemporâneo**. São Paulo: Max Limonad, 1956.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle, "Privatização Parcial da CEMIG - Acordo de Acionistas - Impossibilidade de o Controle Societário ser Compartilhado entre o Estado de Minas Gerais e o Acionista Estrangeiro Minoritário", **Revista de Direito Mercantil** n.º 118, abril/junho de 2000, p. 219-235.

FLEINER, Fritz. **Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand**. Paris: Librairie Delagrave, 1933.

- FORSTHOFF, Ernst. **Lehrbuch des Verwaltungsrechts**. 9. ed. München: Verlag C. H. Beck, 1966, vol. 1.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto Pubblico dell'Economia**. reimpr. da 3. ed. Bologna: Il Mulino, 1999.
- GRAU, Eros Roberto. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: RT, 1981.
- GRAU, Eros Roberto. "Sociedades de Economia Mista, Empresas Públicas, Fundações e Autarquias Prestadoras de Serviço Público: O Tema do Lucro", **Revista Trimestral de Direito Público**, n.º 6, 1994, p. 269-276.
- GRAU, Eros Roberto. **Licitação e Contrato Administrativo (Estudos sobre a Interpretação da Lei)**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. "Sociedade de Economia Mista - Nulidade de Acordo de Acionistas que Importa em Mudança de seu Acionista Controlador", **Revista de Direito Administrativo** n.º 222, outubro/dezembro de 2000, p. 348-357.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. "Crítica da 'Separação dos Poderes': As Funções Estatais, os Regulamentos e a Legalidade no Direito Brasileiro. As 'Leis-Medida'" in **O Direito Positivo e o Direito Pressuposto**, 7. ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 225-255.
- HUBER, Ernst Rudolf. **Wirtschaftsverwaltungsrecht**. 2. ed. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, vol. 1.
- JELLINEK, Georg. **Gesetz und Verordnung: Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage**, reimpr. da ed. de 1887, Aalen: Scientia Verlag, 1964.
- LABAND, Paul. **Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preussischen Verfassungs-Urkunde unter Berücksichtigung der Verfassung des Norddeutschen Bundes**. Berlin: Verlag von J. Guttentag, 1871.
- LABAND, Paul. **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**. reimpr. da 5. ed., Goldbach: Keip Verlag, 1997, vol. 2.
- LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (coords.). **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, vol. II.
- LEAL, Victor Nunes. "Lei e Regulamento" in **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 57-91.
- LEAL, Victor Nunes. "Delegações Legislativas" in **Problemas de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 92-108.
- MAURER, Hartmut. **Allgemeines Verwaltungsrecht**. 16. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- MAYER, Otto. **Deutsches Verwaltungsrecht**, reimpr. da 3. ed, Berlin: Duncker & Humblot, 2004.

MERKL, Adolf. **Teoría General del Derecho Administrativo**, Granada: Editorial Comares. 2004.

MEYER, Holger Martin. **Vorrang der privaten Wirtschafts - und Sozialgestaltung Rechtsprinzip: Eine Systematisch-axiologische Analyse der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Lei e Regulamento**, Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

MOREIRA, Egon Bockmann & GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação Pública: A Lei Geral de Licitação – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC**. São Paulo: Malheiros, 2012.

OSSENBÜHL, Fritz. “Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes” in ISENSEE, Josef & KIRCHHOF, Paul (orgs.), **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller Verlag. 2007, vol. 5, p. 183-221.

OTERO, Paulo. **Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.

PAIVA, Alfredo de Almeida. As Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas como Instrumentos Jurídicos a Serviço do Estado, **Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica**, 1995, p. 307-320.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **Finanças e Demonstrações Financeiras da Companhia (Conceitos Fundamentais)**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

PÜTTNER, Günter. **Die öffentlichen Unternehmen: Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand**. Bad Homburg/Berlin/Zürich: Verlag Gehlen, 1969.

SILVA, José Afonso da. **Processo Constitucional de Formação das Leis**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1994.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo e Direito Privado nas Empresas Estatais in **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, vol. 1, p. 691-698.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e Reserva da Lei: A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Reimp. Porto: Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 1996.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

Argumentação jurídica por Stephen E. Toulmin

Ivan Kaminski do Nascimento

Advogado no Distrito Federal

Mestre em Direito Constitucional e Especialista em

Direito e Processo do Trabalho

RESUMO

Este artigo analisa, enfrenta críticas e apresenta a teoria de argumentação formulada por Stephen E. Toulmin, estabelecida no livro intitulado *Os usos do argumento*, escrito em 1958. Nessa análise, chega-se à conclusão de que o esquema argumentativo de Toulmin permite a identificação do caráter lógico das regras valorativas de inferência, permitindo não só uma análise da coerência interna de decisões judiciais, mas também uma análise racional das regras valorativas envolvidas em alguma decisão de um ponto de vista externo.

Palavras-chave: Toulmin. Argumentação Jurídica. Coerência. Lógica.

ABSTRACT

This article analyzes, criticizes and presents the theory of argumentation formulated by Stephen E. Toulmin established in the book entitled "the use of the argument" written in 1958. In this analysis it is concluded that the argumentative scheme of Toulmin allows the identification of the logical character of the value rules of inference, allowing not only an analysis of the internal consistency of judicial decisions, but also a rational analysis of the value rules involved in a decision from an external point of view.

Keywords: Toulmin. Legal argumentation. Coherence. Logic.

Introdução

Stephen E. Toulmin é um autor prolífico, que possui uma obra principal sobre argumentação escrita em 1958, denominado de *Os usos do argumento*, com intenções "radicais" (TOULMIN, 2006, p. 2), segundo ele próprio, a fim de levantar problemas sobre lógica na avaliação do dia a dia, de verificar ligações entre os cânones e métodos que usamos nas relações

entre os homens, preocupando-se com a prática e em como avaliarmos, de fato, a solidez, a força e o caráter conclusivo de argumentos (TOULMIN, 2006, p. 2).

Nessa obra, o autor busca complementar a lógica dedutiva, a lógica técnica de Aristóteles, alegando que a lógica é algo que tem relação com a “maneira como os homens pensam, argumentam e efetivamente inferem” (ATIENZA, 2003, p. 93). Não se trata de um ataque àquela forma de raciocínio lógico, mas de uma adequação para fora do formalismo puro. Do ponto de vista moral, Toulmin “voltou-se contra o conceito de moral como um fenômeno que, na melhor das hipóteses, pode ser explicado em termos psicológicos” (ALEXY, 2013, p. 86), e tem como questão central saber se uma conclusão moral, por exemplo, possui boas razões de fato (ALEXY, 2013, p. 86) que a justifiquem.

Para tanto, Toulmin se vale de regras de inferência, aproximando-se de teóricos realistas¹, ao admitir que “provamos que são aceitáveis conclusões a que já chegamos, porque mostramos capazes de justificar nossas conclusões”. Isso demonstra o caráter pragmático do que pretendeu o autor, ao analisar e fornecer uma estrutura de análise da lógica a ser extraída das interações humanas.

A teoria de Stephen Toulmin permite uma “pluralidade de pretensões de validade”, esforçando-se para apoiar uma pretensão com boas razões (ALEXY, 2013, p. 86). A localização de critérios de inferência e de suas razões depende “da função particular que devem preencher num contexto social determinado” (ALEXY, 2013, p. 112).

Para isso, deve ser analisada a lógica dos argumentos que realmente existem. Em outras palavras, devem ser identificados o contexto decisório e os argumentos lógicos que realmente existem, para então tentar identificar a “força” dos argumentos.

Para tanto, deve-se valer da estrutura do argumento que envolve proposições, sendo que um argumento contra uma proposição é um argumento a favor de uma proposição que a contradiga.

Desse modo, a análise com base na argumentação jurídica de Toulmin possibilitará a identificação das razões que justificam determinadas asserções. Isto para um aprofundamento e identificação das regras de eventual discurso moral² “que caracterizam determinadas asserções de fato” (ALEXY, 2013, p. 96).

¹ Como exemplo, citamos Alf Ross, que considera que, “uma vez estabelecida a conclusão o juiz encontra uma adequada argumentação ideológica jurídica que justifique sua decisão”. (ROSS, 2000, p. 69).

² Discursos morais serão avaliados apenas nos aspectos atinentes à argumentação, segundo o esquema do marco teórico.

1 Toulmin e as críticas de Robert Alexy

Robert Alexy considera que a teoria de Toulmin não é suficiente, em seu conjunto, para uma teoria do discurso prático, mas destaca algumas contribuições úteis da teoria de Toulmin:

1. Existem regras de discurso moral que caracterizam determinadas asserções de fato como boas razões para certas valorações;
2. Paralelo entre informações diretas de experiências e sentimentos morais por um lado e os juízos científicos e morais desenvolvidos por outro;
3. Utiliza-se primeiro de regras morais existentes para passar a sua crítica somente em um segundo momento, ou seja, a argumentação moral está ligada ao material normativo histórico;
4. Fornece informações interessantes sobre a estrutura das premissas usadas no processo de fundamentação, ou seja, compreende-se que algum tipo de premissa ou regra tem de ter pressuposto;
5. Distingue diferentes formas e níveis de argumento;
6. Análise de funções ou finalidades das regras do jogo de linguagem. (ALEXY, 2013, p. 96 e 97)

A seguir, explicaremos o que Alexy quis dizer com os itens mencionados anteriormente.

No item 1, há menção à existência de regras de discurso moral que caracterizam determinadas asserções de fato como boas razões, isso quer dizer que os princípios morais possuem conteúdo normativo que podem ter regras lógicas de análise.

No item 2, há destaque à possibilidade de explicação das regras morais. Para tanto, Toulmin se vale de uma analogia à física com o seguinte exemplo: “um bastão inserido na água parece curvado ou quebrado”, isso pode ser encarado como algo surpreendente, mas cabe à explicação científica tornar isso em algo esperado. Desse modo, a proposição “o bastão parece curvado” (que parte da experiência) é transformada em um juízo científico totalmente desenvolvido, explicativo das razões pelas quais o bastão aparenta estar curvado, identificando-se que se trata apenas de uma ilusão de óptica (ALEXY, 2013, p. 87).

A análise completa, ou seja, um juízo completamente desenvolvido, resulta “da elaboração de todo material relevante de acordo com regras específicas” (ALEXY, 2013, p. 97) disponíveis.

No item 3, Alexy ressalta a observação de Toulmin de que devem ser analisadas as normas morais existentes em um primeiro momento. Isso indica a necessidade de uma certa coerência

na análise, sem se ignorar os fatores históricos que resultam na norma posta.

No item 4, destaca-se a estrutura das premissas. Trata-se da indicação de que deve haver certos pressupostos para ocorrer a argumentação, ou seja, deve haver determinada concordância entre os falantes para não se questionar premissas básicas.

2 Argumentação segundo Toulmin – aspectos pragmáticos e comparativos.

Manuel Atienza, ao contrário de Alexy, não associa o discurso prático (ou razão prática³) à teoria de Toulmin, mas, sim, associa-a à análise de interações humanas⁴.

Atienza considera que a teoria de Toulmin cumpriu um papel importante para análise mais pragmática da argumentação jurídica, inclusive comparando a teoria argumentativa de Toulmin com o pragmatismo de John Dewey (ATIENZA y JIMENEZ, 1993, p. 347).

Essa comparação e a similaridade entre as teorias de Toulmin e Dewey (admitida por Toulmin em entrevista dada em 1993 (ATIENZA y JIMENEZ, 1993, p. 347)) trazem algumas questões que elucidam ainda mais o aspecto pragmático da teoria argumentativa desse autor e, por conta disso, exploraremos um pouco mais o pragmatismo de Dewey.

Dewey acreditava que os princípios estão, em última instância, subsumidos aos fatos, em vez do contrário, e que as consequências (empiricamente observáveis) são fatores de garantia e sanção desses princípios. Além disso, admitia o autor que não se pode separar o conhecimento do seu contexto de operação e que a lógica formal não pode ser vista como autossuficiente, dissociada (por vezes, muito acima) do mundo da experiência (WALL, 2007. p. 162 a 203).

Nessa seara, segundo Dewey, o conhecimento não pode ser visto como algo estranho ao momento em que foi concebido e da situação em que foi aplicado. Isso mostra a aproximação da

³ Posner entende que a razão prática é movida por preocupações relativas à ação ao contrário dos métodos da “razão pura”, através dos quais determinamos se uma proposição é verdadeira ou falsa, ou se um argumento é válido ou inválido. A razão prática implica a criação de um objetivo – o prazer, o bem-viver etc. – e a escolha dos meios adequados para alcançá-los”. (POSNER, 2007. p. 95).

⁴ Tal posicionamento é controverso, considerando que a teoria de Toulmin se coaduna com a razão prática, principalmente em face da sua coincidência com o pragmatismo de John Dewey.

teoria de Toulmin com o pragmatismo de Dewey (WALL, 2007, p. 162 a 203).

Pode-se notar certa semelhança da teoria racional de Toulmin com a teoria prescritivista de Richard Hare, no ponto em que esses autores se voltam contra “o conceito de moral como um fenômeno que, na melhor das hipóteses, pode ser explicado em termos psicológicos” (ALEXY, 2013, p. 86), tratam também de conceitos morais com análise de suas propriedades lógicas e conceitos da linguagem moral. Observa-se certa semelhança, ainda, na consideração do utilitarismo (não em termos psicológicos) e na tentativa de demonstrar uma racionalidade moral, cuja decisão deve ser tomada com base na lógica e nos fatos⁵.

A principal diferença entre os autores reside na forma como se deve empregar a lógica nas regras valorativas de inferência (FREITAS FILHO, 2008, p.94). Toulmin rechaça a ideia de se considerar exclusivamente a lógica formal (FREITAS FILHO, 2008, p.90), ainda que não a desconsidere, nas análises argumentativas e de significado, pois sugere a impossibilidade de fuga do primeiro olhar enviesado das pessoas nas análises morais, ou seja, considera que se trata da natureza humana realizar juízos morais previamente e, posteriormente, haver a tentativa de justificação desse juízo prévio, sendo necessária a investigação da lógica dos argumentos que realmente existem. Ao contrário de Hare, aquele autor admite a existência de lógica nos juízos de probabilidade ou quase silogismos, ou seja, lógica de juízos morais, essa diferentemente da lógica analítica.

Toulmin defende esse posicionamento no “teste do evidente por si mesmo”, dizendo que “quase nenhum” e “quase todos” podem ser classificados como analíticos tanto quanto os argumentos “todos” ou “nenhum” (TOULMIN, 2006, p. 189).

Robert Alexy considera essa controvérsia entre os autores (Hare e Toulmin) uma pseudodiscussão, embora seja importante, porque ambas as alternativas são possíveis (ALEXY, 2013, p. 94).

A teoria de Toulmin oferece um processo racional com critérios de verificação da correção material dos argumentos. Segundo Atienza, trata-se de um esquema de argumentação correto⁶,

⁵ FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria linguística, 2008. Disponível em: < https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes_juridicas_teorica_linguistica.pdf?sequence=3>. Acesso em 27 de outubro de 2016.

⁶ Não entraremos no mérito da correção do argumento por não ser objeto deste trabalho. Consideraremos como suficiente a opinião de ALEXY e ATIENZA sobre a correção da teoria de TOULMIN.

indo além da lógica formal em diversos sentidos (ATIENZA, 2003, p. 112), da mesma forma considera Alexy (2013, p. 94 A 99), ainda que apresente algumas críticas que serão exploradas mais adiante.

O método proposto por Toulmin pode ser considerado como “empírico-definitório” (ATIENZA, 2003, p. 95), isto é, pode ser descritivo considerando que se pode chegar às suas regras “por meio de uma descrição da prática da argumentação racional” e pode ser definidor, “porque caracteriza um dos numerosos jogos de linguagem existentes faticamente como do âmbito da moral e nega esta propriedade a todos os demais jogos de linguagem” (ATIENZA, 2003, p. 95).

Por causa desse caráter definitório, Toulmin foi criticado por Robert Alexy, que ressaltou que o jogo de linguagem descrito por Toulmin “propôs apenas uma de várias definições possíveis de argumentação moral”. Porém, a despeito disso, não se pode negar que Toulmin oferece uma fórmula para descoberta de regras dos jogos de linguagem a partir de suas funções e finalidades verificadas no contexto decisório (ATIENZA, 2003, p. 96).

Desse modo, por ser um método considerado como correto, o qual oferece ferramentas com regras específicas para análise da estrutura de premissas e desenvolvimento de juízos morais, pode-se utilizar o processo de análise de Toulmin para verificação da lógica contida nas argumentações de precedentes, seja do ponto de vista interno (coerência interna) ou externo, cujo contexto decisório possa ser identificado previamente.

Toulmin estabeleceu alguns critérios para análise argumentativa das decisões, e esses critérios devem estar conectados a fim de formar um todo inseparável. O autor compara a análise de decisões com um organismo vivo, dizendo que há uma estrutura bruta, anatômica, e outra fina, fisiológica, e é na forma fina que se encontra a lógica, em que é possível expor o argumento em detalhes e é neste ponto que a validade dos argumentos deve ser estabelecida ou refutada (TOULMIN, 2006, p. 135).

A refutação proposta pelo autor se assemelha à “problematização” de Karl Popper: identifica-se o problema, tenta-se resolvê-lo, aprende-se com os erros. Traz, portanto, o processo racional de “problemas – teorias – críticas” à refutação possível nas análises (POPPER, 1996, p. 130).

Toulmin faz uma analogia à jurisprudência a fim de identificar quais as questões que devem ser analisadas para se chegar a uma forma padrão imparcial de análise, um *layout* logicamente imparcial aplicável de modo universal, basicamente uma fórmula de análise.

Diante disso, o autor rechaça o *layout* da lógica aristotélica, chamando-a de simplista (em que pese ressaltar a importância da simplicidade, mas nesse caso admite que é muito simples) por conter apenas três proposições: premissa maior, premissa menor e conclusão (TOULMIN, 2006, p. 137).

A analogia à jurisprudência, mencionada anteriormente, relaciona a “boa jurisprudência” ou, nas palavras do próprio autor:

(...) el mejor ejemplo de razonamiento práctico, elevado a la forma de una actividad intelectualmente seria y profundamente reflexiva (...) la lógica, en el sentido de una explicación general del razonamiento y la racionalidad, debería operar buscando el mismo nivel de sofisticación formal y de reflexividad humana que la mejor jurisprudencia alcanza⁷.

Percebe-se que o autor relaciona a lógica das interações humanas à jurisprudência generalizada, mas explica que entende “jurisprudência generalizada” como sendo aquela jurisprudência sofisticada, reflexiva, com um certo comprometimento com a seriedade da questão debatida e, portanto, merecedora de uma profunda reflexão, conforme citação anterior.

Essa reflexividade pode ser explicada utilizando-se do pragmatismo de Dewey. Esse sugere que a reflexão se dá quando há indeterminação, quando surgem respostas conflitantes e somente seguimos em frente quando esse conflito é resolvido. A reflexão ocorre quando há alguma coisa que importa e há uma discordância sobre ela (em um “mundo sem problemas, não haveria pensamento” (WALL, 2017, p.160)), chegando-se à conclusão em um ato experimental, que pode se mostrar bem-sucedido ou não.

Portanto, com base em Dewey e em complemento ao descrito por Toulmin, a jurisprudência generalizada denota ser aquela que, diante de uma situação indeterminada, adapta-se criativamente ao problema surgido a fim de obter uma solução do que pode ou deve ser feito, com uma reflexão profunda sobre o assunto, intelectualmente honesta.

⁷ (...) o melhor exemplo de racionalidade prática, elevada à forma de uma atividade intelectualmente séria e profundamente reflexiva (...) a lógica, no sentido de uma explicação geral de raciocínio e racionalidade, deveria operar buscando o mesmo nível de sofisticação e de reflexividade humana que a melhor jurisprudência alcança. Tradução livre. (ATIENZA y JIMENEZ, 1993, p. 341).

Ocorre que a resolução de uma situação indeterminada demanda uma conclusão, e Toulmin considera que os critérios principais envolvidos nessa produção de argumentos, para se chegar à conclusão, podem ser estabelecidos da seguinte forma: conclusão (C), dados (G) e garantias (W)⁸.

Esses critérios gerais podem facilmente se confundir com a lógica formal questionada por Toulmin, sendo, por exemplo, a garantia uma premissa maior, os dados uma premissa menor e conclusão. No entanto, o autor estabelece critérios de validação das conclusões que superam a lógica formal através de condicionantes de qualificação (Q) e refutação (R) (TOULMIN, 1984, p. 95).

Além disso, deve-se destacar o respaldo (B) da garantia (W), esse necessário quando esta é questionada, também como um diferenciador da lógica formal caracterizada pela premissa maior, menor e conclusão.

Essas condicionantes serão os principais agentes da lógica de Toulmin, sem que a lógica tradicional perca seu valor, mas que seja complementada a fim de se obter um resultado mais adequado às interações humanas.

Desse modo, complementam o esquema geral de Toulmin os critérios de análise de Qualificação (Q), Refutação (R) e Respaldo (B).

Partindo-se do esquema geral, podem-se distinguir os critérios estabelecidos no processo de análise de Toulmin para se chegar a um esquema lógico de análise das interações humanas,

⁸ TOULMIN, 2006, p. XX:

I) C - Alegação ou conclusão (*claim*) - é ao mesmo tempo o ponto de partida e de chegada da argumentação. É aquilo que pretendemos afirmar, cujo mérito pretende-se estabelecer no decurso da argumentação.

II) D - Dados (*data*) - são os fatos ou informações aos quais recorreremos como fundamento para alegação que estamos defendendo.

III) W - Garantia (*warrant*) - são proposições gerais que servem como ponte entre os dados e a conclusão, de forma incidental e explanatória, para mostrar a pertinência e legitimidade em se passar dos dados à conclusão apresentada.

IV) B - Apoio (*backing*) - são "avais" das garantias, que garantem a validade, relevância e vigência destas. Podem variar consideravelmente de acordo com o campo da argumentação.

V) Q - Qualificadores modais (*qualifiers*) - são referências ao grau de força que os dados conferem à alegação, tendo em conta a garantia. São exemplos: necessariamente, provavelmente, presumivelmente.

VI) R - Condições de refutação (*conditions of rebuttal*): são circunstâncias nas quais se afasta a autoridade geral da garantia. Afastam a aplicabilidade da garantia no caso, refutando a conclusão garantida.

tendo como referência a jurisprudência como algo que reflete a lógica social.

Conforme já mencionado, Toulmin se aproxima da corrente realista que parte da conclusão para então proceder à construção do argumento. Nessa linha, inicia-se um argumento pelo *CLAIM* (conclusão), que é equiparado ao resultado do julgamento. Julga-se favorável ou desfavorável, decide-se que pode ou não pode.

Contudo, esse pode ou não pode tem vários sentidos implícitos. Nesse ponto, cabe uma pergunta feita pelo autor ao explorar esse termo modal: “Em que circunstâncias usamos esse verbo modal específico, e o que entendemos quando o ouvimos usado por alguém?” (TOULMIN, 2006, p. 32).

O termo modal “não pode” indica diversos significados, dentre eles, a impossibilidade física. Por exemplo, a impossibilidade de alguém levantar um carro sozinho, usando apenas seu corpo. Outra situação seria a impossibilidade de colocar uma grande quantidade de pessoas em um ambiente pequeno.

Também pode ser utilizado como impossibilidade diante de uma regra de etiqueta existente, como exemplo, seria dizer que não se pode cortar o macarrão, deve-se enrolá-lo no garfo. Trata-se de uma impossibilidade diante de uma regra de etiqueta.

Uma impossibilidade diante da confusão entre gêneros ao chamar uma pessoa do sexo masculino de “ela”. O risco nesse caso seria não ser compreendido diante de uma indicação equivocada. Há consenso de que a irmã de alguém é do sexo feminino e não se pode chamá-la de ele, sob pena de não ser compreendido.

Além disso, não se pode fumar na cabine de não fumantes de um trem, por exemplo. Neste impedimento, se torna implícita alguma regra que impeça o fumante de fumar. Não há uma impossibilidade física ou prática. Trata-se de uma infração a algum regulamento. Toulmin traz o sentido implícito na observação como “sendo os estatutos como são, o senhor não pode fumar nesta cabine, *Sir* – se fumar, cometerá uma contravenção contra os estatutos e uma ofensa contra os demais passageiros” (TOULMIN, 2006, p. 41).

A impossibilidade moral, por exemplo, de se expulsar um filho de casa sem dinheiro. Trata-se de uma questão moral que poderia ser explicitada no sentido de que, havendo entre o pai e o filho uma relação paternal, seria errado mandá-lo embora sem um tostão (TOULMIN, 2006, p. 41).

Toulmin esclarece que poderiam ser dados inúmeros outros exemplos de impossibilidades físicas, linguísticas, delitos legais, ofensas morais, procedimentos judiciais, incongruências

conceituais e impossibilidades matemáticas. Mas entende como suficientes essas demonstrações de impossibilidades práticas, físicas, linguísticas e de procedimentos, ou seja, impossibilidades não formais, diferentemente das impossibilidades formais (TOULMIN, 2006, p. 33).

A força do “não pode” envolve critérios, com “uma injunção geral implícita”. Dizer que não se pode fazer algo demanda excluir outra coisa e, para isso, são necessários critérios, padrões, bases e razões, ou seja, só podemos dizer que algo “não pode” ser feito se apresentarmos bases ou razões para isso (TOULMIN, 2006, p. 43).

Dessa maneira, Toulmin diferencia *força de critério*, sendo esse um padrão de referência que é utilizado para se descartar algo, para se dizer que algo não pode ser feito. Já a *força* se refere ao fundamento da decisão em se descartar algo, que deve ser aceito como um bom motivo (TOULMIN, 2006, p. 46), justifica-se a rejeição ou recomenda-se a aceitação.

Os critérios para se julgar se um aspirador de pó é bom, por exemplo, podem ser a quantidade de poeira aspirada por eletricidade consumida; esse critério pode ser considerado como um bom critério justificador. Os critérios mudam, mas a força será sempre a mesma, até por conta da própria semelhança da expressão “não pode”, utilizada em diversos contextos.

Portanto, ao se concluir que algo não pode ser feito, estaremos excluindo a possibilidade de fazê-lo, da mesma forma que se exclui em qualquer situação em que se utiliza uma expressão modal de impossibilidade. Mas os critérios que são utilizados para se entender como impossível algo variam conforme o campo. Utilizam-se critérios diferentes para rejeição de um aspirador de pó, por exemplo.

Desse modo, a conclusão (*Claim*) será um julgamento com base em critérios em que serão dados valores que definirão a possibilidade ou não de ser feito.

As razões (*Grounds*), ou dados, serão os fatos, as provas e/ou as evidências envolvidas no julgamento.

Para este trabalho específico, nos ateremos às razões em um processo judicial: os “fatos que integram o caso concreto da norma aplicável ao caso discutido” (ATIENZA, 2003, p. 100). A conclusão pura, conforme exposto anteriormente, indicando que algo é bom, por exemplo, não pode ser considerada um argumento. Os dados de apoio (G) juntamente com a conclusão (C) constituirão um argumento (ATIENZA, 2003, p. 152).

A ligação dos fatos à conclusão será chamada de garantia (W). As evidências do tipo D nos dão o direito de tirar as conclu-

sões C ou de fazer alegações C. Ao se entender que se tem direito de tirar a conclusão C, deve-se apontar o padrão prático que permite a ligação dos fatos à conclusão. Por exemplo, ao dizer que determinada cor é preta, deve-se assumir que, se é preta, não é vermelha. Isso seria também uma contra-asserção, conforme explicitado na justificativa das expressões-chave. O entendimento de que se algo é preto não é vermelho é autoautenticante, trivial, conforme exposto por Toulmin (2006, 142).

Mas há situações em que não é trivial essa verificação, situações em que não se garante nem se identifica de imediato o padrão prático, como nas contra-asserções. São os casos de uma garantia quase certa, chamadas de quase-silogismo por Atienza (2003, p. 103).

O exemplo dado pelo autor foi este: Petersen é um sueco, muito raramente um sueco é católico, portanto, muito provavelmente – mas não necessariamente – Petersen não é católico (ATIENZA, 2003, p. 104).

Dessa forma, quando não há identificação certa, autoautenticante, haverá uma garantia provável, com graus de possibilidade.

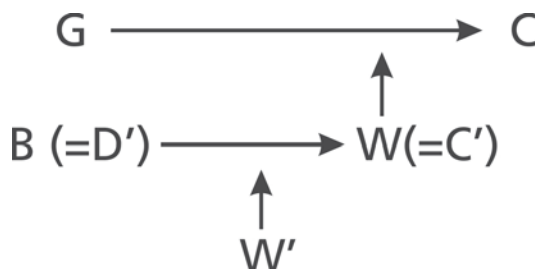
A garantia será uma regra de inferência que pode ser certa ou provável e servirá de regra de inferência no nível da justificativa da conclusão verificada. Ocorre que a própria garantia pode ser objeto de questionamentos e aí pode demandar uma fundamentação e análise em um segundo nível, pois a garantia passa a ser a conclusão que justifica outra conclusão.

Atienza explica que isso é perfeitamente possível na teoria de Toulmin nos seguintes termos:

Por certo um argumento pode fazer parte de uma cadeia de argumentos e não se apresentar isoladamente. Mas parece que isso poderia continuar sendo representado sem maiores problemas segundo o modelo proposto. Assim, a pretensão de um argumento pode funcionar também como uma razão a favor de uma nova pretensão; as razões podem se converter em pretensões, que precisam, portanto, de um novo argumento para ser justificadas; e a garantia também pode ser vista como a pretensão de um novo argumento para ser justificada; e a garantia também pode ser vista como a pretensão de um novo argumento, e, nesse caso, o que antes era o respaldo passará a cumprir, agora, a função das razões, colocando-se com isso a necessidade de uma nova garantia para passar das razões à pretensão etc.

Percebe-se que, conforme o modelo proposto por Toulmin, pode-se analisar um argumento em outros níveis para justificar a garantia dada, ou seja, uma proposição que serve como garantia em uma conclusão pode ser uma conclusão em outro argumento, que demandará um novo esquema que justificará o esquema posterior em segundo nível.

Alexy apresenta mais claramente essa possibilidade em forma de esquema (ALEXY, 2013, p. 93) da seguinte maneira:



Nesse esquema, as regras de inferência entram em jogo no segundo nível, para se verificar por que uma garantia deve ser aceita como garantia com autoridade (TOULMIN, 2006, p. 148), quando uma garantia se baseia em outra coisa, como no esquema anterior. Neste momento, entrará a questão do apoio, o tipo de apoio que dará respaldo à garantia que, como destaca Toulmin, varia de acordo com o contexto ou o campo de dependência.

Como exemplo, Toulmin cita a classificação de uma baleia, dizendo que uma baleia será um mamífero, defendendo-se a garantia de que há um sistema de classificação taxionômica para relacioná-la (TOULMIN, 2006, p. 149).

Uma das críticas à teoria de Toulmin reside exatamente neste momento, considerando a questão: como se pode justificar uma garantia de segundo nível que faz o papel de uma conclusão? Nesse sentido, o autor diferencia aqueles argumentos que estabelecem uma garantia e aqueles que usam garantias (TOULMIN, 2006, p. 182).

Toulmin alega que o que está em jogo nesse caso é a aceitação de que há instituições jurídicas primárias, as quais somos obrigados a aceitar porque são boas para o ser humano (ATIENZA y JIMENEZ, 1993, p. 333). Para essa aceitação, o contexto social terá papel fundamental (ALEXY, 2013, p. 93).

Desse modo, passamos para o apoio (B), que se trata do que dará respaldo à garantia alegada. O apoio pode ser algumas

posições éticas ou morais que explicariam o porquê de determinadas garantias estarem sendo consideradas.

Richard Posner considera que a premissa fundamental tem que ser uma intuição, algo que não se pode deixar de acreditar. Explicando em termos psicológicos esse momento inicial, de descoberta, o autor esclarece que “o cérebro impõe uma estrutura a nossas percepções, de modo que, por exemplo, atribuímos um significado causal a atos sem que sejamos capazes de observar – na verdade, nunca observamos – a causalidade”. Trata-se de um tipo de conhecimento tácito em um contexto de descoberta (POSNER, 2007. p. 98)

Em um contexto envolvendo decisões judiciais, o apoio pode ser perfeitamente um princípio moral que justifique uma garantia oriunda de uma classe de regras jurídicas (ATIENZA y JIMENEZ, 1993, p. 332).

Nesse ponto, Toulmin admite que deve haver uma certa concordância na sociedade para que determinado apoio justificador não seja mais discutido, sob pena de se entrar em um ponto de discórdia eterna. Para o autor, tudo possui um aspecto moral de fundo, e esse aspecto não pode ser a todo momento questionado.

A medicina, por exemplo, possui o aspecto moral que é a ajuda às pessoas, ajudar as pessoas a manter a saúde. Esse é um aspecto moral que não se discute no âmbito médico, trata-se de algo já enraizado e considerado como bom para o ser humano. Ajudar as pessoas a manterem a saúde possui aspectos técnicos, econômicos, sociais, dentre outros, e também esse aspecto moral que pode ser considerado essencial, considerado a essência da medicina (ATIENZA y JIMENEZ, 1993, p. 331).

Quando esse aspecto é questionado, deve-se analisar a questão sob o ponto de vista do que “é bom para o ser humano” ou, em outras palavras, deve-se evitar sofrimento desnecessário.

Nesse sentido, o princípio moral justificador deve ser analisado sob o ângulo dos benefícios que podem trazer para o ser humano. Isso aproxima Toulmin da teoria utilitarista, conforme será explorado adiante.

Porém, trata-se apenas de uma aproximação, não significa que Toulmin seja utilitarista, mas não há como negar uma aproximação teórica.

Alexy considera que se trata de uma variante de um utilitarismo de regras e não de análise psicológica do prazer e dor, visando à predominância do prazer, conforme prega (em linhas gerais) o utilitarismo. Nesse utilitarismo de regras, as ações concretas são julgadas segundo regras, e essas regras são julgadas segundo suas consequências (ALEXY, 2013, p. 93).

A análise das consequências aproxima Toulmin de Neil MacCormick. A análise consequencialista jurídica de Neil MacCormick possui, como fundo, valores como senso comum, justiça, princípios jurídicos e interesse público como critérios de justificação das consequências envolvidas em determinada decisão (MACCORMICK, 2009, p. 194).

Diferencia-se da análise consequencialista utilitarista porque busca justificar as consequências com base em valores intrínsecos, extraíndo-se princípios do sistema legal que possam justificar decisões. Em suas próprias palavras, destaca que essa análise “depende não de um utilitarismo hedonista declarado, mas de percepção de valores constitucionais que dizem respeito aos limites corretos das funções judiciárias em contraste com a legislativa” (MACCORMICK, 2009, p. 170).

Trata-se de uma análise que visa a identificar que tipo de conduta autorizaria ou proibiria a norma, hipoteticamente, sem análises probabilísticas, mas por implicações lógicas. Aproxima-se mais de um “utilitarismo ideal”, com foco em dois tipos de razões: finalistas e de correção, levando-se em conta os fins corretos de acordo com o ramo do direito em referência (ATIENZA, 2003, p. 134).

A identificação dos fins corretos somente será possível através de um criterioso exame dos considerados princípios constitucionais fundamentais vigentes no sistema legal observado (MACCORMICK, 2009, p. 171), a fim de se evitar análises consequencialistas falhas.

Neil MacCormick demonstra o consequencialismo jurídico por meio de uma série de exemplos, considerando esta a forma correta e adequada de demonstrar essa análise (MACCORMICK, 2009, p. 166).

Percebe-se, de modo aparente, que Neil MacCormick avalia as ações concretas segundo regras e, a partir disso, analisa as regras conforme suas consequências, como se as regras dependessem da situação (MACCORMICK, 2009, p. 166).

Essa proposta de MacCormick mostra a semelhança entre os autores; essa semelhança está justamente em duas formas de análise propostas por Toulmin: deontológica e consequencialista (teleológica). Mas essas duas formas devem ser analisadas sob a “lente” do objetivo de se evitar sofrimento desnecessário diante das condições existentes e do estado de conhecimento atual (MACCORMICK, 2009, p. 166).

A primeira forma (deontológica) ocorre quando uma ação é justificada em face de uma norma moral, e a segunda (teleológica) quando é identificado na fundamentação que a

questão escolhida causa menos dano do que a alternativa em discussão. Na primeira forma, há um nível de análise de ações individuais, e a segunda forma entra em jogo quando duas regras estão em conflito ou quando nenhuma das regras sociais for aplicável. Essa segunda forma é que diz respeito à fundamentação de regras morais (ALEXY, 2013, p. 89).

Manuel Atienza considera que Toulmin estabelece o senso comum como último degrau de qualquer tipo de audiência, tendo em vista as necessidades semelhantes dos indivíduos e o compartilhamento de compreensões e raciocínios. Em outras palavras, todos somos membros de uma comunidade racional e somos parte das pessoas que decidem sobre correções argumentativas (ATIENZA, 2003, p. 100). Pode-se resumir a moral, portanto, na “satisfação harmoniosa de desejos e interesses”, para torná-los tão compatíveis quanto possível (ALEXY, 2013, p. 89).

Conclusão

Desse modo, Toulmin estabeleceu uma formulação que permite a identificação do caráter lógico das regras valorativas de inferência (ALEXY, 2013, p. 90), permitindo não só uma análise de coerência interna de decisões, mas também uma análise racional das regras valorativas envolvidas em alguma decisão de um ponto de vista externo. Em outras palavras, pode-se analisar tanto a coerência interna quanto a coerência externa da decisão com o esquema lógico proposto por Toulmin.

Essa análise externa não se confunde com a retórica, considerando a linha diferenciada proposta pelo autor. Trata-se de um esquema que envolve regras de linguagem de conceitos éticos e morais ou “o que faz de um conjunto particular de fatos, R, uma boa razão para uma conclusão moral particular E?” (ALEXY, 2013, p. 86), diferenciando-se da lógica informal persuasiva. Aproxima-se de uma análise crítica, dialética, com influências pragmáticas e contextuais que, muitas vezes, não são facilmente identificadas (GROARKE, 2016).

Por jogo de linguagem, pode-se pensar na ideia de “conceito-chave da pragmática, o que possibilita a ligação entre a linguagem e o mundo” (SIMON, 2006, p. 57). Os conceitos utilizados, tais como éticos e estéticos, dependem de jogos de linguagem, e “é por estar em conformidade com as regras do jogo (ou, pelo menos, por não afrontá-las) que um determinado uso de linguagem tem sentido” (SIMON, 2006, p. 59).

Essa formulação é representada pelo esquema proposto pelo autor no seu livro denominado *Os usos do argumento*, que se

trata da principal obra de Toulmin para identificação do caráter lógico das regras ou decisões.

Referências

ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEX, Robert... [et al.]. **Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo**. 1ª Ed. Florianópolis: Qualis, 2015.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2003.

ATIENZA, Manuel y JIMENEZ, Manuel. **"Entrevista a Stephen E. Toulmin"**. Doxa. num.13. 1993.

FREITAS FILHO, Roberto. **Decisões jurídicas e teoria linguística**, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160456/Decisoes_juridicas_teorias_linguisticas.pdf?sequence=3>. Acesso em 27 de outubro 2016.

GROARKE, Leo, **"Informal Logic"**, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), forthcoming URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/logic-informal/>>.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldea Barcellos. 2ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

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

POPPER, Karl. **O mito do contexto**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1996.

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Bauru, SP: EDIPRO, 2000.

SIMON, Henrique Smidt. **Direito, filosofia da linguagem e interpretação: o problema do decisionismo em Kelsen e Hart**. Belo Horizonte, MG: Argvmentvm, 2006.

TOULMIN, Stephen E. **Os usos do argumento**. Trad. Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **The philosophy of Science: an introduction**. London: Hutchinson, 1969.

TOULMIN, Stephen E., RIEKE, Richard e JANIK, Allan. **An introduction to reasoning**. Nova York, MacMillan, 1ª Edição, 1984.

WALL, Cornelis de. **Sobre Pragmatismo**. Trad. Cassiano Terra Rodrigues. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

Vedação às corretoras de criptomoedas e impedimentos de contas em instituições financeiras

Régis Canale dos Santos

Mestrando em Direito pela Universidade de Marília

Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo

Centro Universitário FIEO

Oficial de Registro de Imóveis, Títulos e Documentos e

Civil de Pessoa Jurídica de Pereira Barreto

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade analisar a decisão das instituições financeiras de não mais desejarem a continuação do contrato de conta corrente com seus clientes que sejam corretoras de criptomoedas. Pretende-se analisar a legalidade ou não dos motivos alegados pelas instituições bancárias para a rescisão contratual e também o tratamento que vem sendo dado pela jurisprudência, mormente pelo recente acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Criptomoedas. Corretora. Vedações. Conta Corrente.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the question of financial institutions no longer wanting to continue the current account agreement with their clients who are cryptocurrency brokers. The intention is to analyze the reason alleged by the banking institutions for the contractual termination and also the treatment that has been given by the jurisprudence, mainly by the recent judgment given by the Superior Court of Justice.

Keywords: Cryptotomes. Brokerage. Fences. Checking Account.

Introdução

O Estado possui o monopólio da emissão de moeda, e o surgimento da moeda digital tem provocado uma verdadeira revolução, pois ela pode abrir um caminho até então inexistente,

que pode, enfim, resultar na quebra do monopólio estatal sobre o dinheiro.

Com efeito, o Estado obtém os recursos para o desenvolvimento de suas atividades por intermédio da tributação que é notadamente uma medida impopular, podendo trazer insatisfação da população e revoltas. Assim sendo, o Estado percebeu que, controlando a moeda, poderia obter recursos, independentemente da tributação, simplesmente criando dinheiro sem lastro, evitando os transtornos da tributação.

A quebra do monopólio estatal do dinheiro pela moeda digital é vista por muitos como um caminho sem volta, que trará uma maior distribuição de riqueza e prosperidade à sociedade em geral, já que a emissão de moeda digital não depende de intermediários e não são lastreadas em nenhuma moeda oficial. Contudo, como o esvaziamento do monopólio estatal na emissão de moedas é, evidentemente, prejudicial ao Estado, é presumível que os governantes não hesitarão esforços para impedir as criptomoedas.

As transações das moedas digitais não se dão em nenhuma moeda de determinado país, ou seja, não são efetivadas em dólares, euros ou reais. O pagamento é realizado pela própria moeda virtual, cujo valor é determinado em um mercado aberto, da mesma forma que são estabelecidas as taxas de câmbio entre diferentes moedas mundiais (ULRICH, 2014, p.03).

Desde a criação do Bitcoin, em 2008, tem-se verificado um exponencial aumento na procura de criptomoedas como ativo financeiro, pois, como dito alhures, o seu valor é fixado por um mercado aberto. Os investidores viram na moeda digital uma forma de obtenção de lucro, não demorando a surgir as empresas que passaram a explorar a atividade empresarial específica de intermediação de compra e venda de moedas virtuais, muito similar à bolsa de valores com as ações de sociedades anônimas de capital aberto.

A pessoa interessada em adquirir moeda digital deve abrir uma conta em uma corretora de criptomoedas e transferir os recursos a esta empresa. Após, com o crédito em sua conta na corretora, emite uma solicitação de compra de criptomoedas pelo valor pretendido. Caso existam vendedores que também pretendem vender pelo valor ofertado, é realizada a compra da moeda virtual, tudo com o intermédio da corretora.

A sistemática de venda da moeda digital pressupõe a mesma sistemática. Já tendo adquirido a criptomoeda e pretendendo vender, emite uma solicitação à corretora de que pretende vender por determinado valor. Caso existam compradores que

aceitem o valor pretendido, a venda é realizada, transferindo a moeda ao comprador e transferindo-se o crédito da operação de venda ao vendedor, em sua conta, na corretora. Com o valor creditado em sua conta, o vendedor poderá adquirir nova moeda virtual, a mesma criptomoeda (por uma cotação melhor), ou, então, optar por transferir o valor para sua conta corrente pessoal.

As corretoras auferem vantagens financeiras ao cobrar uma taxa por cada operação de compra e venda de moeda digital realizada. Cobra-se, com efeito, um valor estipulado do comprador e do vendedor.

Tem sido comunicado pela imprensa que as instituições financeiras têm notificado seus clientes que exercem a atividade econômica atinente à corretagem de criptomoedas que, por desinteresse comercial, irão iniciar o procedimento de encerramento da conta, conforme previsto no contrato de abertura de conta corrente. Em geral, os bancos estipulam um prazo de 30 dias para o encerramento da conta a partir da notificação (Bancos cancelam contas de corretoras de criptomoedas. Exame. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/bancos-cancelam-contas-de-corretoras-de-criptomoedas/>>. Acesso em: 27/11/2018)

Essas atitudes dos bancos, certamente, afetarão a atividade empresarial exercida pelas corretoras de criptomoeda, pois, com o encerramento da sua conta, os clientes não conseguirão transferir os valores para as corretoras e, por conseguinte, não irão adquirir as moedas virtuais. Na hipótese de o cliente já ser titular de moedas digitais, caso efetue a venda e queira transferir o valor para sua conta corrente pessoal, a corretora deve realizar uma transferência eletrônica para a conta de seu cliente. Mas como transferir o valor se a conta corrente foi encerrada?

Diante disso, as corretoras de criptomoedas não tiveram outra opção senão ingressar uma ação no Poder Judiciário em face das instituições bancárias com o escopo de evitar o encerramento da sua conta, afastando esse impedimento ao exercício de sua atividade econômica.

Ato contínuo, nos tópicos a seguir serão analisados os motivos que fundamentam as alegações das corretoras, para evitar o encerramento da conta corrente, e, por outro lado, as razões ventiladas pelos bancos para subsidiar o término do contrato de conta corrente. Em seguida, veremos como é o tratamento que vem sendo dado pela jurisprudência.

1 Fundamentos contra o encerramento das contas

As corretoras de criptomoedas alegam que são consumidoras e que, portanto, deve ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor - Lei n.º 8.078/90, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990, on line). Rezam os artigos 2º e 3º da referida lei:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Sustentam as corretoras de criptomoedas que são destinatárias finais dos serviços bancários, sendo aplicável a legislação consumerista, mormente o inciso IV do artigo 6º e os incisos II e IX, os quais estabelecem, respectivamente, os direitos básicos do consumidores e as vedações dos fornecedores de produtos e serviços. Para a perfeita visualização dos artigos e sua compreensão, transcrevo os incisos anteriormente citados:

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: (...)

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;.

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; (...)

IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais;.

Ademais, é imperioso citar que o Superior Tribunal de Justiça já sumulou que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras, de acordo com a Súmula nº 297 (BRASIL, STJ, 2004).

No mesmo sentido, também como substrato, é o artigo 187 do Código Civil que prevê que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (BRASIL, 2002).

O abuso de direito foi conceituado por Rubens Limongi França como sendo:

um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito (FRANÇA, 1977, p. 45).

Percebe-se que o artigo 187 do Código Civil utilizou-se de conceitos jurídicos abertos para que o aplicador da norma o preencha de acordo com o caso concreto, devendo o juiz da causa analisar o fim social, o fim econômico, a boa-fé e os bons costumes. É de se ressaltar que o novo Código Civil foi editado com base em três princípios estruturantes, consoante se extrai da sua exposição de motivos, escrita por Miguel Reale, a saber: a) Princípio da Eticidade; b) Princípio da Socialidade; e, c) Princípio da Operabilidade.

A nova previsão de abuso de direito atende ao princípio da socialidade, pois, em sua redação, encontram-se expressamente previstos o fim social e os bons costumes. Aliás, na V Jornada de Direito Civil foi aprovado o enunciado nº 413 que estabelece que os bons costumes previstos no art. 187 do Código Civil possuem natureza subjetiva, destinada ao controle da moralidade social de determinada época; e objetiva, para permitir a sindicância da violação dos negócios jurídicos em questões não abrangidas pela função social e pela boa-fé (BRASIL, CJF, 2012). No mesmo diapasão, o instituto ora tratado também atende ao princípio da eticidade, pois o desrespeito à boa-fé é uma forma de caracterização do ato ilícito.

Assim sendo, verifica-se que tanto o Código de Defesa do Consumidor como o Código Civil são fontes as quais as corretoras de criptomoedas podem se socorrer, pois o encerramento da conta por parte da instituição financeira, por simples declaração que não tem mais interesse comercial em manter o vínculo contratual relativo à conta corrente, demonstra um abuso de direito.

Na sociedade moderna, é difícil visualizar que uma determinada pessoa, quer seja física ou jurídica, consiga se inserir total-

mente em uma sociedade sem possuir uma conta bancária. A viabilização de sua vida pessoal e social em um determinado momento exigirá a abertura de uma conta corrente. Caso seja impedido de ter uma conta corrente em uma instituição bancária, frontalmente estará atingindo a dignidade da pessoa humana que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consoante o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1998).

A corretora de criptomoedas, que é uma sociedade empresária, por exercer uma atividade organizada para a produção e circulação de serviços de intermediação, não pode ser privada de titularizar uma conta corrente, principalmente nos dias atuais. A impossibilidade de ter conta corrente em um estabelecimento bancário poderá impedir o próprio desenvolvimento da sua atividade econômica, violando o princípio da preservação da empresa.

A empresa movimenta a economia, recolhe tributos ao Estado, cria vínculos empregatícios, enfim, uma gama de interesses de suma importância à coletividade que devem prevalecer ante interesses particulares. Aqui também pode ser invocada a função social dos contratos, prevista no artigo 421 do Código Civil, principalmente na interpretação dada a este princípio pelo paradigma solidarista, paternalista ou distributivo (BRASIL, 2002).

Deveras, a função social dos contratos busca superar a individualidade pelo coletivo. As relações privadas, individuais, portanto, não teriam o condão de se sobrepor aos interesses coletivos. Pelo contrário, ao manifestar sua vontade por meio do contrato, deve-se, antes de tudo, verificar se não atenta contra a coletividade. Em outros termos, a sociedade é desigual, e os contratos, de modo geral, também refletiriam essa desigualdade, de modo que a função social dos contratos busca reequilibrar essa relação.

Essa forma de interpretação tem como fundamento o princípio da solidariedade social, que foi previsto na Constituição Federal no artigo 3º, III, parte final, ao estipular os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). De fato, percebeu-se que essa solidariedade geralmente não é fruto da vontade espontânea das pessoas, necessitando, assim, de uma intervenção do Estado, denominado dirigismo contratual, para buscar essa solidariedade.

A amplitude da liberdade de iniciativa, se exercida de forma livre, poderá trazer desequilíbrios, devendo estipular limites a essa atuação. Com a limitação, busca corrigir a desigualdade. Parte-se do pressuposto de que, em uma relação livre, a mani-

festação de vontade não será totalmente livre porque a parte mais fraca sempre estará em posição inferior com a parte mais forte.

Em regra geral, a forma do Estado em interferir nas relações individuais se dá por imposição de normas cogentes, que são aquelas de aplicação obrigatória nos negócios jurídicos, as quais as partes não podem derrogar por sua vontade, ou, então, por revisão judicial dos contratos. A legislação é caracterizada por uma abstração das normas, as chamadas cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que tem a possibilidade de abarcar um grande número de situação a ser resolvida caso a caso.

Conforme leciona Maria Helena Diniz:

A expressão *dirigismo contratual* é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros interesses individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução à política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica e de proteger os economicamente mais fracos, sacrificando benefícios particulares em prol da coletividade, mas sempre conciliando os interesses das partes e os da sociedade. (DINIZ, 2002, p. 34).

A eficácia interna da função social, de acordo com os ensinamentos doutrinários, projeta-se na proteção dos vulneráveis contratuais, principalmente nos contratos de consumo e no contrato de trabalho, estabelecida por normas de ordem pública; vedação da onerosidade excessiva ou desequilíbrio contratual, podendo motivar a anulação, a revisão ou até mesmo a resolução do contrato; a proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade e a nulidade de cláusulas antissociais, tidas como abusivas.

Por todas as supramencionadas regras expostas, as corretoras de criptomoedas tentam evitar o encerramento de suas contas bancárias. Aliás, cita-se que a jurisprudência já reconheceu que o encerramento unilateral é uma forma de abuso de direito, conforme acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, a seguir colacionado.

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CONTA-CORRENTE EM INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENCERRAMENTO UNILATERAL E IMOTIVADO DA CONTA. IMPOSSIBILIDADE.

1 – Não pode o banco, por simples notificação unilateral imotivada, sem apresentar motivo justo, encerrar conta-corrente antiga de longo tempo, ativa e em que mantida movimentação financeira razoável.

2 – Configurado contrato relacional ou cativo, o contrato de conta-corrente bancária de longo tempo não pode ser encerrado unilateralmente pelo banco, ainda que após notificação, sem motivação razoável, por contrariar o preceituado no art. 39, IX, do Cód. de Defesa do Consumidor.

3 – Condenação do banco à manutenção das contas-correntes dos autores. (...) O contrato de conta-corrente, nessas condições, impregna-se do caráter relacional ou cativo, prolonga-se no tempo, exatamente à moda do contrato de seguro de vida de longo tempo, diante do qual a 2ª Seção desta Corte, em caso relatado pela E. Mina. NANCY ANDRIGHI (REsp 1073595-MG) com meu voto, aliás, longamente declarado, veio a proclamar o dever de continuação do contrato – ressalvada, contudo, a possibilidade de o fornecedor do serviço vir a alterar suas bases, mas não mais unilateralmente, como ocorreria no caso de contrato fugaz, e sim, ao contrário, devendo manter tratativas e realizar acertos com o consumidor, para operacionalizar a alteração, preservando-se a boa fé objetiva entre os contratantes. (BRASIL, STJ, 2013, p. 01)

2 Fundamentos a favor do encerramento das contas

As instituições bancárias, por sua vez, asseveram que é legal o encerramento da conta corrente, fundamentando seu entendimento no contrato de abertura de conta corrente entabulado pelos contraentes, que, invariavelmente, prevê em uma de suas cláusulas a faculdade a ambos contratantes do encerramento da conta corrente, a qualquer tempo, mediante comunicação escrita e documentada ao outro contratante.

Não se exige a explicitação dos motivos do encerramento. Basta a comunicação. Dessa forma, a simples afirmação da inexistência de interesse comercial bastaria para provocar a rescisão contratual.

De acordo com a doutrina e com a nova disciplina do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que o termo rescisão contratual é gênero que possui duas espécies, a saber: resolução e rescisão. A primeira se verifica por descumprimento contratual e a segunda se dá por vontade bilateral ou unilateral, nas hipóteses admitidas em lei, expressa ou implicitamente, em virtude de um direito potestativo.

No caso em apreço, o encerramento da conta corrente por parte da instituição bancária tratar-se-ia de uma modalidade de rescisão unilateral, em decorrência de um direito potestativo, previamente previsto em contrato.

Conforme o escólio de Flávio Tartuce:

Na resilição unilateral há o exercício de um direito potestativo, aquele que se contrapõe a um estado de sujeição. Sendo assim, não há que falar, pelo mesmo em regra, na existência de responsabilidade civil da parte que exerce esse direito potestativo (TARTUCE, 2018, p. 749).

É decorrência do preceito previsto no artigo 473 do Código Civil que estipula que “A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte” (BRASIL, 2002).

Essa possibilidade de encerramento decorre do princípio da autonomia da vontade e também pela interpretação dada pelo paradigma direito e economia da função social. A autonomia da vontade, que é o poder de que as pessoas possuem de regulamentar os seus interesses, pelo exercício de sua vontade, que compreende a liberdade contratual e a liberdade de contratar, estaria limitada pela função social dos contratos.

Com efeito, o contrato é um negócio jurídico realizado por duas ou mais pessoas, em que se busca a realização dos seus interesses, de tal forma que uma das partes somente firmará o acordo se puder desfrutar de alguma vantagem. Caso o contrato não lhe traga mais benefícios, simplesmente não participará do negócio jurídico ou se retirará dele, se o contrato assim o permitir.

O princípio da solidariedade, previsto como objetivo da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, III (BRASIL, 1998), é aqui observado, contudo, ao invés de proteger abstratamente a parte mais fraca ou o hipossuficiente, busca amparar o grupo ou a cadeia de pessoas integrantes de um mercado determinado.

A limitação imposta pela função social dos contratos é transferida do indivíduo que celebrou o contrato com o banco para todos os indivíduos que celebraram ou que celebrarão contrato com ele.

Destarte, o que o paradigma direito e economia propõe é que não se pode buscar a proteção dos atores individuais em uma relação negocial, desprotegendo o ambiente social em que ela está inserida e que opera seus efeitos a uma gama maior de pessoas.

No mercado em que se realiza o contrato, as partes têm de buscar seus interesses pessoais, tentando a concretização de um negócio que lhe beneficie. As partes, mormente em relações empresariais, pretendem ao máximo que as avenças sejam cumpridas, para que se sinta seguro em pactuar em negócios posteriores. Esta forma de pensar, seguramente, proporciona uma

maior segurança jurídica, pois as partes saberão que o acordo não será desfeito ou, então, que será rompido apenas nas hipóteses previstas no pacto contratual.

A principal função social dos contratos é possibilitar que as partes celebrem contratos com segurança, obtendo as benesses econômicas originariamente previstas, de acordo com o que foi entabulado pelas partes contratantes no contrato, não podendo uma das partes alegar a função social dos contratos com o escopo de amparar uma pretensão não prevista.

Leciona Luciano Benetti Timm

Em síntese, o direito contratual confere segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos – o que corresponde a um importante papel institucional e social. (TIMM, 2006, p.38)

Deveras, o mercado não é perfeito, pois não funciona sempre de forma adequada e eficiente, sendo certo que apenas excepcionalmente os agentes do mercado poderão exigir uma atuação das instituições jurídicas para afastar o abuso e trazer a normalidade contratual. Portanto, não há abuso na hipótese de o encerramento estar previsto no pacto contratual, não havendo, no caso em apreço, nada de anormalidade ou excepcionalidade.

Outro argumento levantado é a existência de normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional, por meio do Banco Central, que autoriza o cancelamento de conta corrente mediante prévia comunicação ao correntista-cliente e a outorga de prazo para a término contratual com o intuito de dar tempo ao interessado providenciar a abertura em outra instituição bancária, de modo a salvaguardar seus direitos.

Reza o artigo 12 da Resolução Banco Central do Brasil nº 2025 que:

Art.12. Cabe à instituição financeira esclarecer ao depositante acerca das condições exigidas para a rescisão do contrato de conta de depósitos à vista por iniciativa de qualquer das partes, devendo ser incluídas na ficha-proposta as seguintes disposições mínimas:
I-comunicação prévia, por escrito, da intenção de rescindir o contrato;
II-prazo para adoção das providências relacionadas à rescisão do contrato;
III - devolução, à instituição financeira, das folhas de cheque em poder do correntista, ou de apresentação de declaração, por esse último, de que as inutilizou;

IV -manutenção de fundos suficientes, por parte do correntista, para o pagamento de compromissos assumidos com a instituição financeira ou decorrentes de disposições legais;

V -expedição de aviso da instituição financeira ao correntista, admitida a utilização de meio eletrônico, com a data do efetivo encerramento da conta de depósitos à vista.

Parágrafo 1º A instituição financeira deve manter registro da ocorrência relativa ao encerramento da conta de depósitos à vista. (BRASIL, BACEN, 1993).

Nota-se, assim, que a instituição bancária está amparada por ato normativo do Banco Central do Brasil, que a autoriza a rescindir o contrato de conta de depósito, por iniciativa de qualquer das partes, devendo haver comunicação prévia, por escrito, da intenção de rescindir o contrato (inciso I) e concedendo prazo para a adoção de providências relacionadas à rescisão do contrato (inciso II).

Aliás, nesse sentido, há acórdão do Superior Tribunal de Justiça admitindo o encerramento da conta corrente por instituição bancária, conforme Recurso Especial n.º 1.538.831 - DF (2014/0264411-3):

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO BANCÁRIO. CONTA-CORRENTE E SERVIÇOS RELACIONADOS. RESCISÃO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ENCERRAMENTO DE CONTA-CORRENTE APÓS NOTIFICAÇÃO PRÉVIA (RESOLUÇÃO BACEN 2.025/93, ART. 12). CARÁTER ABUSIVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO (CC/2002, ART. 473). INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE CONTRATAR. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 39, IX, DO CDC. RECURSO PROVIDO.

1. Em regra, nos contratos bancários, envolvendo relações dinâmicas e duráveis, de execução continuada, intuito personae - como nos casos de conta-corrente bancária e de cheque especial -, que exigem da instituição financeira frequentes pesquisa cadastral e análise de riscos, entre outras peculiaridades, não há como se impor, como aos demais fornecedores de produtos e serviços de pronto pagamento pelo consumidor, a obrigação de contratar prevista no inciso IX do art. 39 do CDC.

2. Conforme a Resolução BACEN/CMN n.º 2.025/1993, com a redação dada pela Resolução BACEN/CMN n.º 2.747/2000, podem as partes contratantes rescindir unilateralmente os contratos de conta-corrente e de outros serviços bancários (CC/2002, art. 473).

3. Recurso especial provido (BRASIL, STJ, 2014).

É de ressaltar que se entende que não se deve aplicar às corretoras de criptomoedas o microsistema do Código de Defesa do Consumidor, pois elas não seriam destinatárias finais do serviço prestado pelas instituições financeiras. Portanto, elas não poderiam ser consideradas consumidoras, por não preencherem os requisitos do artigo 2º da Lei n.º 8.078/90 (BRASIL, 1990).

De fato, argumenta-se que não são consumidores porque os serviços prestados pelas corretoras de moeda virtual não causam a interrupção da circulação dos produtos e serviços colocados à disposição delas. Em verdade, as corretoras são intermediárias entre compradores e vendedores de criptomoedas, servindo as instituições bancárias de interposto entre as transferências de valores dos contratantes, intermediado pelas sociedades corretoras. Seria o caso de adoção da teoria finalista pura que tenta buscar o conceito de destinatário final.

Mesmo que não se adote e concorde com a teoria finalista, também poderia sustentar que as corretoras não são destinatárias finais e, portanto, não são consumidoras, ao se perfilhar a teoria finalista mitigada que, além de verificar se a pessoa é destinatária final do produto ou serviço, deve-se analisar a sua vulnerabilidade em face do fornecedor. Sustenta-se que, ainda que se considerem as corretoras destinatárias finais dos serviços prestados pelas instituições financeiras, não possuem o *status* de vulnerabilidade.

3 Análise do *leading case*

Consoante destacado na introdução deste trabalho, diversas corretoras de criptomoedas foram surpreendidas pelas instituições bancárias que as notificaram a respeito da pretensão de resilir o contrato de conta corrente por motivo de desinteresse comercial. Por conta disso, as poucas corretoras existentes no mercado foram obrigadas a se socorrerem ao Poder Judiciário para que as aludidas contas de depósitos não fossem encerradas.

O assunto, como exposto nos tópicos anteriormente citados, é muito controvertido, existindo decisões contraditórias, pois alguns julgados decidiam a favor das corretoras de criptomoedas, impedindo que as contas fossem encerradas, e outras, por seu turno, eram favoráveis aos bancos, referendando a rescisão contratual por meio da denúncia destes.

A questão chegou ao Superior Tribunal de Justiça que, recentemente, julgou o primeiro caso envolvendo uma instituição bancária e uma corretora de moedas virtuais, podendo considerá-

lo como um *leading case*, o qual será o parâmetro para os futuros julgados que apreciarão matéria análoga.

Trata-se do processo que tramitou perante a 23ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital, que recebeu o número 1066603-10.2015.8.26.0100, ajuizado pelo Mercado Bitcoin Serviços Digitais Ltda. em face do Itaú Unibanco S.A (BRASIL, TJ/SP, 2015).

A aludida sociedade empresarial, cuja atividade econômica consiste em corretagem, intermediação, mediação de negociação ou serviços em geral, foi notificada pelo Banco Itaú Unibanco, informando-a que não tem mais interesse na continuação na relação contratual, atinente ao contrato de conta depósito, por desinteresse contratual e, que, portanto, a conta seria encerrada em 30 dias contados da notificação.

A empresa Mercado Bitcoin ingressou com ação de procedimento ordinário cumulada com pedido de tutela antecipada, diante da urgência pelo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ante o iminente encerramento da conta corrente, que, fatalmente, iria prejudicar a sua atividade econômica.

O pedido de tutela antecipada foi deferido pelo magistrado para o fim de determinar que o Banco Itaú Unibanco se abstinhasse de encerrar a conta corrente, mantendo em regular funcionamento até o deslinde da causa, sob pena de multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O Banco, ao ser citado, interpôs agravo de instrumento perante o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo com pedido de efeito suspensivo, que foi distribuído para a 37ª Câmara de Direito Privado, tendo como relator João Panize Neto, que deixou de conceder o efeito suspensivo por não vislumbrar relevância na fundamentação e, em momento posterior, não deu provimento ao agravo.

Eis a ementa do acórdão:

Agravo de Instrumento. Decisão agravada que concedeu antecipação da tutela pleiteada para determinar a manutenção da conta corrente da Agravada. Presentes os pressupostos para sua concessão. Fixação de multa em caso de descumprimento do comando legal. Cabimento. Valor fixado que deve ser mantido, pois busca justamente a efetividade do comando judicial. Exigibilidade a ser aferida após o julgamento do mérito da ação. Decisão mantida. Recurso não provido (BRASIL, TJ/SP, 2015).

O Banco apresentou sua contestação, seguida da réplica do autor. As partes não manifestaram o interesse na produção de

prova e, por se tratar de matéria unicamente de direito, pleitearam o julgamento antecipado do feito.

O magistrado julgou improcedente a ação, fundamentando no fato de que a autora não poderia se socorrer dos benefícios do Código de Defesa do Consumidor, por não ser considerada destinatária dos serviços e dos produtos e também por não vislumbrar a vulnerabilidade, logo, não foi reconhecida como consumidora.

Assim sendo, por não estar sob a égide da lei consumeirista deveria se socorrer ao manto do Código Civil que, em seu artigo 473, admite categoricamente a resilição unilateral, nas hipóteses permitidas em lei (BRASIL, 2002). Como a resilição foi prevista em contrato pactuado pelas partes, deve ser considerada perfeitamente válida e cumprida, em respeito ao princípio da liberdade da autonomia da vontade e da função social dos contratos.

Em recurso de apelação, apresentado pela corretora, a 37ª Câmara de Direito Privado confirmou a respeitável sentença de 1ª instância, conhecendo o recurso e negando provimento, por votação unânime.

O teor do acórdão, relatado pelo eminente Desembargador João Panize Neto, ressalta que já se encontra pacífica a incidência das normas consumeiristas aos contratos bancários, contudo, a mera incidência das normas protetivas do consumidor não conduz inexoravelmente à procedência da ação (BRASIL, TJ/SP, p. 260).

Registrou, outrossim, que não houve qualquer irregularidade ou abusividade por parte do banco recorrido, pois se tratava de um exercício regular de direito previsto em contrato e por ter cumprido a sua incumbência de notificar a recorrente.

Colaciona-se o acórdão proferido nos autos em testilha:

Apelação digital. Ação de obrigação de fazer. Incidência do Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297 do STJ), que não conduz inexoravelmente à procedência da ação. Apelante que recebeu notificação quanto ao encerramento de sua conta bancária. Possibilidade de rescisão unilateral do contrato de abertura de conta corrente. Notificação providenciada. Não verificada qualquer conduta abusiva por parte do Apelado. Precedentes jurisprudenciais. Sentença de improcedência mantida. Recurso não provido (BRASIL, TJ/SP, p. 258).

Ato contínuo, foi apresentado recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, tendo sido distribuída para a 3ª Turma, relator

Ministro Marco Aurélio Bellizze, cujo deslinde foi, por maioria, negar provimento ao recurso especial, vencida a Ministra Nancy Andrigi. Votaram com o relator os Ministros Ricardo Villas Boas Cueva, Paulo de Tarso Sanseverino e Moura Ribeiro.

Como primeiro fundamento, ressaltou que a corretora de criptomoedas não pode ser considerada como consumidora, não podendo se beneficiar dos beneplácitos da lei consumeirista. Nos dizeres do relator, “o serviço bancário de conta corrente é utilizado como implemento de sua atividade empresarial, não se destinando ao seu consumo final” (BRASIL, STJ, 2017, p. 5).

Ponderou, ademais, que “o serviço de conta corrente fornecido pela instituição bancária tem o propósito de incrementar sua atividade produtiva de intermediação, não se caracterizando, pois, como relação jurídica de consumo – mas de insumo –, a obstar a aplicação, na hipótese, das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor” (BRASIL, STJ, 2017, p. 7).

No mais, considerou que a conduta do banco não é ilícita nem configura abuso de direito. O direito de denunciar o contrato, optando pelo encerramento da conta corrente, é um direito potestativo e subjetivo, corolário do princípio da autonomia da vontade, incapaz de gerar abusividade ou ilegalidade.

Ademais, a Lei nº 4595/64, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com o *status* de lei complementar, regulamenta o Sistema Financeiro Nacional, atribuindo ao Conselho Monetário Nacional o poder regulamentar a respeito das instituições financeiras, sendo certo que, no exercício de sua atribuição, expediu resoluções que admitem o encerramento das contas correntes por qualquer das partes, mediante prévia comunicação. Dessa forma, a decisão do banco está amparada em lei e em resoluções (BRASIL, 1964).

Como destacado pelo eminente relator:

Não se trata de simplesmente conferir prevalência a uma resolução do Banco Central, em detrimento da lei infraconstitucional (no caso, o Código de Defesa do Consumidor), como quer fazer crer a ora insurgente, mas, sim, de bem observar o exato campo de atuação dos atos normativos (em sentido amplo) sob commento, havendo, entre eles, no específico caso dos autos, coexistência harmônica. (BRASIL, 2017, p. 10).

Para encerrar este emblemático caso, impende consignar a emenda deste importante julgado:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRETENSÃO EXARADA POR EMPRESA QUE EFETUA

INTERMEDIACÃO DE COMPRA E VENDA DE MOEDA VIRTUAL (NO CASO, *BITCOIN*) DE OBRIGAR A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA A MANTER CONTRATO DE CONTA-CORRENTE. ENCERRAMENTO DE CONTRATO, ANTECEDIDO POR REGULAR NOTIFICAÇÃO. LICITUDE. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. As razões recursais, objeto da presente análise, não tecem qualquer consideração, sequer “*an passant*”, acerca do aspecto concorrencial, em suposta afronta à ordem econômica, suscitado em memoriais e em sustentação oral, apenas. A argumentação retórica de que todas as instituições financeiras no país teriam levado a efeito o proceder da recorrida — único banco acionado na presente ação —, ou de que haveria obstrução à livre concorrência — inexistindo, para esse efeito, qualquer discussão quanto ao fato de que o Banco recorrido sequer atuaria na intermediação de moedas virtuais —, em nenhum momento foi debatida nos autos, tampouco demonstrada, na esteira do contraditório, razão pela qual não pode ser conhecida.

1.1 De igual modo, não se poderia conhecer da novel alegação de inviabilização do desenvolvimento da atividade de corretagem de moedas virtuais — a qual pressupõe ou que o banco recorrido detivesse o monopólio do serviço bancário de conta-corrente ou que todas as instituições financeiras atuantes nesse segmento (de expressivo número) tivessem adotado o mesmo proceder da recorrida —, se tais realidades não foram em momento algum aventadas, tampouco retratadas nos presentes autos.

1.2 Essas matérias não de ser enfrentadas na seara administrativa competente ou em outro recurso especial, caso, necessariamente, sejam debatidas na origem e devolvidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça, o que não se deu na hipótese, ressaltando-se, para esse efeito, que memoriais ou alegações feitas da Tribuna não se prestam para configurar prequestionamento.

2. O serviço bancário de conta-corrente afigura-se importante no desenvolvimento da atividade empresarial de intermediação de compra e venda de *bitcoins*, desempenhada pela recorrente, conforme ela própria consigna, mas sem repercussão alguma na circulação e na utilização dessas moedas virtuais, as quais não dependem de intermediários, sendo possível a operação comercial e/ou financeira direta entre o transmissor e o receptor da moeda digital. Nesse contexto, tem-se, a toda evidência, que a utilização de serviços bancários, especificamente o de abertura de conta-corrente, pela insurgente, dá-se com o claro propósito de incrementar sua atividade produtiva de intermediação, não se caracterizando, pois, como relação jurídica de consumo — mas sim de insumo —, a

obstar a aplicação, na hipótese, das normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

3. O encerramento do contrato de conta-corrente, como corolário da autonomia privada, consiste em um direito subjetivo exercitável por qualquer das partes contratantes, desde que observada a prévia e regular notificação.

3.1 A esse propósito, destaca-se que a Lei n. 4.595/1964, recepcionada pela Constituição Federal de 1988 com *status* de lei complementar e regente do Sistema Financeiro Nacional, atribui ao Conselho Monetário Nacional competência exclusiva para regular o funcionamento das instituições financeiras (art. 4º, VIII). E, no exercício dessa competência, o Conselho Monetário Nacional, por meio da edição de Resoluções do Banco Central do Brasil que se seguiram, destinadas a regulamentar a atividade bancária, expressamente possibilitou o encerramento do contrato de conta de depósitos, por iniciativa de qualquer das partes contratantes, desde que observada a comunicação prévia. A dicção do art. 12 da Resolução BACEN/CMN n. 2.025/1993, com a redação conferida pela Resolução BACEN/CMN n. 2.747/2000, é clara nesse sentido.

4. Atendo-se à natureza do contrato bancário, notadamente o de conta-corrente, o qual se afigura *intuitu personae*, bilateral, oneroso, de execução continuada, prorrogando-se no tempo por prazo indeterminado, não se impõe às instituições financeiras a obrigação de contratar ou de manter em vigor específica contratação, a elas não se aplicando o art. 39, II e IX, do Código de Defesa do Consumidor. Revela-se, pois, de todo incompatível com a natureza do serviço bancário fornecido, que conta com regulamentação específica, impor-se às instituições financeiras o dever legal de contratar, quando delas se exige, para atuação em determinado seguimento do mercado financeiro, profunda análise de aspectos mercadológico e institucional, além da adoção de inúmeras medidas de segurança que lhes demandam o conhecimento do cliente bancário e de reiterada atualização do seu cadastro de clientes, a fim de minorar os riscos próprios da atividade bancária.

4.1 Longe de encerrar abusividade, tem-se por legítima, sob o aspecto institucional, a recusa da instituição financeira recorrida em manter o contrato de conta-corrente, utilizado como insumo, no desenvolvimento da atividade empresarial, desenvolvida pela recorrente, de intermediação de compra e venda de moeda virtual, a qual não conta com nenhuma regulação do Conselho Monetário Nacional (em tese, porque não possuiriam vinculação com os valores mobiliários, cuja disciplina é dada pela Lei n. 6.385/1976). De igual modo, sob o aspecto mercadológico, também se afigura lícita a recusa em manter a contrata-

ção, se, conforme sustenta a própria insurgente, sua atividade empresarial se apresenta, no mercado financeiro, como concorrente direta e produz impacto no faturamento da instituição financeira recorrida. Desse modo, o proceder levado a efeito pela instituição financeira não configura exercício abusivo do direito.

5. Não se exclui, naturalmente, do crivo do Poder Judiciário a análise, casuística, de eventual desvirtuamento no encerramento do ajuste, como o inadimplemento dos deveres de informação e de transparência, ou a extinção de uma relação contratual longeva, do que, a toda evidência, não se cuida na hipótese ora vertente. Todavia, o propósito de obter o reconhecimento judicial da ilicitude, em tese, do encerramento do contrato, devidamente autorizado pelo órgão competente para tanto, evidência, em si, a improcedência da pretensão posta.

6. Recurso especial improvido (BRASIL, STJ, 2017).

Com efeito, como consignado alhures, houve um voto vencido da Ministra Nancy Andrigi, sendo importante apontar os fundamentos que a fizeram divergir do relator.

Em um primeiro momento, a Ministra Nancy Andrigi ressaltou que, deveras, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao caso em apreço, pois a referida codificação adotou, em seu artigo 2º, a teoria finalista que considera consumidor apenas aquele que é destinatário do serviço e produto, exaurindo a função econômica do bem ou do serviço.

Na hipótese de corretora de criptomoeda, há um consumo intermediário e não final do serviço e produto, sendo certo que se considera consumidor intermediário quando o produto ou serviço retorna para a cadeia de distribuição e produção, compondo o custo (e portanto) o seu preço final.

Ato contínuo, considerou interessante a argumentação relativa à legislação de defesa da concorrência, prevista na Lei n.º 12.529/2011 (BRASIL, 2011); entretanto, no caso em testilha, não poderia ser levada em consideração, pois não foi ventilado nas instâncias ordinárias e que também demandaria análise probatória, pois violaria as súmulas 7 e 211 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, STJ, 1990 e BRASIL, STJ, 1998).

Por fim, ao considerar que não há ainda regulação sobre o mercado de moeda eletrônica e, por se tratar a atividade bancária de um meio indispensável para que as corretoras possam desenvolver sua atividade empresarial, afigura-se impossível a resilição unilateral da instituição bancária, por consistir em um abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Não se deve considerar a negociação de moedas virtuais ilegal, pois, diante do princípio da legalidade, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e, por não haver nada em contrário, tem-se que considerá-la em consonância com o ordenamento jurídico então vigente. Assim, caracteriza-se um abuso de direito negar às corretoras de criptomoedas o direito de terem contas correntes em instituições financeiras, mormente pelo fato de essas alegarem simples desinteresse comercial e a afirmação genérica da origem ilícita dos recursos.

Por esses motivos, dava provimento ao recurso. Mas como dito anteriormente, foi voto vencido, tendo sido prevalecido a lisura no procedimento de encerramento da conta corrente de forma unilateral por parte da instituição bancária.

Conclusão

Pelo presente trabalho, verificou-se a existência de verdadeira celeuma sobre a possibilidade ou não de encerramento das contas correntes titularizadas por corretoras de criptomoedas por parte das instituições bancárias, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça analisou recentemente, pela primeira vez, a matéria analisada neste trabalho.

Não obstante o Superior Tribunal de Justiça ter decidido pela validade do encerramento por parte dos bancos, registro que a matéria ainda não está totalmente encerrada, pois a moeda virtual veio para ficar, e a sua utilização como forma de pagamento ou como ativo financeiro, com certeza, irá aumentar nos próximos anos. Talvez o Superior Tribunal de Justiça tenha resolvido o caso momentaneamente; contudo, em um futuro breve, será inevitável a utilização recorrente das moedas virtuais a ponto de as próprias corretoras dos bancos oferecerem a seus clientes a comercialização das criptomoedas, podendo haver um redimensionamento da análise da matéria.

Como dito anteriormente, a favor das corretoras de criptomoedas foram apresentados os seguintes argumentos jurídicos: aplicação do Código de Defesa do Consumidor a elas, por serem destinatárias finais dos serviços bancários, sendo considerado uma prática abusiva a recusa de prestação de serviços ao consumidor, que se dispõe a pagar pelo produto ou serviço; tratar-se de um abuso de direito previsto no artigo 187 do Código Civil, o qual prevê a ilicitude quando o titular de um direito o exerce, extrapolando manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes; por

fim, acrescenta-se o valor axiológico dos princípios da função social da empresa e de sua preservação, já que a vedação à conta correte impediria as corretoras de criptomoedas o exercício de seu objeto social.

Por outro lado, em favor das instituições bancárias, consignam que: não se deve aplicar o Código de Defesa do Consumidor às corretoras de criptomoedas, já que não se enquadram no conceito de destinatárias finais dos produtos e serviços, conforme a teoria finalista, tendo em vista que, na espécie, há um consumo intermediário; a legalidade da resilição unilateral do contrato, de acordo com o artigo 473 do Código Civil, por estar prevista no contrato; e, por fim, por estarem os bancos agindo em conformidade ao artigo 12 da Resolução do Banco Central do Brasil n° 2025, que admite a qualquer parte da relação contratual a encerrar a conta corrente, mediante prévia comunicação.

Com a devida vênia, entendo que não poderia se admitir o encerramento das contas bancárias, como se deu no julgamento analisado neste artigo, por evidente abuso de direito por parte das instituições bancárias. De fato, sob o fundamento frívolo de desinteresse comercial ou então por suposta origem ilícita do dinheiro, decidiram notificar seus clientes que operam a corretagem de criptomoedas acerca do encerramento de suas contas depósitos.

Independentemente de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ou não, é fato que as instituições bancárias estão alicerçadas na resolução do Banco Central e no seu direito potestativo de resilição unilateral, por estar geralmente previsto no contrato; todavia, constata-se a abusividade do exercício deste direito por exceder manifestamente os limites da finalidade econômica ou social, boa-fé e bons costumes, principalmente se levarmos em consideração que, para o exercício de sua atividade empresarial, é indispensável o manuseio de uma conta corrente.

Logo, se for negada a possibilidade de manter uma conta corrente às corretoras de criptomoedas, está, de forma inevitável, impedindo que exerça sua atividade empresarial, violando frontalmente a função social da empresa e o princípio da preservação da empresa.

Ademais, embora a alegação de se tratar de dinheiro com origem ilícita seja louvável, deveria ser aplicada a todos os correntistas de modo indiscriminado, não sendo isso verificado na prática com os demais correntistas.

A meu sentir, trata-se de um modo de evitar que criptomoedas sejam comercializadas; todavia, em uma vida globalizada

que vivemos na atualidade, o número de utilização de moedas virtuais aumentará de forma exponencial, sendo certo que essa maneira de evitar sua comercialização não surtirá efeitos, pois o próprio mercado tratará de apresentar formas alternativas que escapem a essa vedação.

No mais, é uma atitude que afeta também o consumidor que deseja investir em criptomoedas, pois, com o encerramento das contas correntes das corretoras, os investidores encontrarão dificuldades de transferir dinheiro para a corretora e, por conseguinte, não terão acesso à compra de moedas virtuais. Prejudica-se, ao mesmo tempo, a corretora de criptomoedas e a pessoa que deseja investir em moedas eletrônicas.

Referências

Bancos cancelam contas de corretoras de criptomoedas. Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/bancos-cancelam-contas-de-corretoras-de-criptomoedas/>>. Acesso em: 27/11/2018

BRASIL. Lei n. 4.595/64, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 31 de dezembro de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm>

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

_____. **Resolução BACEN n.º 2025/93. Altera e consolida as**

normas relativas à abertura, manutenção e movimentação de contas de depósitos. Brasília-DF, 24 de novembro de 1993. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/1993/pdf/res_2025_v5_P.pdf>. Disponível em: 05 de novembro de 1988.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 05 de novembro 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 297. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Disponível em: 05 de novembro de 2018.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 413 da V Jornada Direito Civil. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/224>>. Disponível em: 05 de novembro de 2018.

_____. **Lei n. 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 01 de dezembro de 2011. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm >. Acesso em: 05 de novembro 2018

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1277762/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 13/08/2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201101770819&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 de novembro 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.538.831, Rel. Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva, Segunda seção, julgado em 09/05/2018, DJe 16/05/2018. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=1538831&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> >. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1696214, Rel. Marco Aurélio Belizze. Terceira Turma, julgado em 09/10/2018, DJe 15/10/2018. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=10666031020158260100&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO> >. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002, v. 3.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito.** São Paulo: Saraiva, 1977, v. 60.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo 106663-10.2015.8.26.0100. 23ª Vara Cível do Foro Central da Comarca da Capital e 37ª Câmara de Direito Privado, julgado em 11/10/2016, DJe 19/10/2016. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg/show.do?processo.foro=990&processo.codigo=RI003KMLN0000> >. Acesso em: 05 de novembro de 2018.

TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a função social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica.**

ULRICH, Fernando. **Bitcoin: o dinheiro na era digital.** 1ª ed. São Paulo: Mises Brasil, 2014.

Política de gestão socioambiental e desenvolvimento sustentável no âmbito da Caixa Econômica Federal

Wlademir Roberto Vieira Jr.

Advogado da CAIXA no Paraná

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

Ministério Público do Paraná – FEMPAR-PR e em Direito Civil e Processual Civil pela Centro

Universitário UNICURITIBA

Pós-graduando em Administração e Finanças –

EAD pelo Centro Universitário

Internacional UNINTER

RESUMO

O presente artigo tem por escopo fazer uma análise da política de gestão socioambiental e desenvolvimento sustentável no âmbito da Caixa Econômica Federal, a partir de pesquisa quantitativa e qualitativa das medidas adotadas pela empresa em prol da preservação do meio ambiente e para a consecução do desenvolvimento sustentável do país, o que será analisado sob dois enfoques: apreciação das medidas adotadas e destinadas ao público interno e ao público externo, os *stakeholders* da empresa. Para tanto, será respondida a indagação de que forma uma empresa do porte da CAIXA, com mais de 150 anos de história e com cerca de 85 mil colaboradores, pode impactar, positiva ou negativamente, no desenvolvimento sustentável do Brasil. Antes, porém, serão abordados os principais marcos históricos da CAIXA, sua missão, visão e valores empresariais, além da apreciação do surgimento do direito ambiental, bem como a conceituação de meio ambiente, desenvolvimento sustentável e suas evoluções até chegar à denominada Política de Gestão Socioambiental.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sustentável. Meio Ambiente. Gestão Socioambiental. Caixa Econômica Federal. Política de Responsabilidade Socioambiental.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze the socio-environmental management policy and sustainable development within the Federal Savings Bank, based on quantitative and

qualitative research on the measures taken by the company to preserve the environment and achieve the sustainable development of the economy. Country, which will be analyzed under two approaches: valuation of the measures adopted and intended for the internal public and the external public, interested parties of the Company. To do so, the question will be answered as to how a company of the size of CAIXA, with more than 150 years of history and about 85 thousand employees, can have a positive or negative impact on the sustainable development of Brazil. Before, however, we will cover CAIXA's main historical milestones, its mission, vision and corporate values, as well as the valorization of the emergence of environmental legislation, as well as the conceptualization of the environment, sustainable development and its evolutions until arriving at the denominated Policy of Socio-environmental Management.

Keywords: Sustainable Development. Environment. Socio-environmental management. Caixa Econômica Federal. Social and Environmental Responsibility Policy.

Introdução

O presente artigo tem por escopo fazer uma análise da política de gestão socioambiental e desenvolvimento sustentável no âmbito da Caixa Econômica Federal.

Para tanto, será respondida a indagação de que forma uma empresa do porte da CAIXA, com mais de 150 anos de história e com cerca de 85 mil colaboradores, pode impactar, positiva ou negativamente, no desenvolvimento sustentável do Brasil.

Indubitavelmente, as empresas são as principais responsáveis pela geração do desenvolvimento econômico mundial. São elas que produzem bens e serviços, admitem empregados remunerados, pagam e recolhem os tributos, além de propiciar grande parte do avanço tecnológico atualmente disponível.

Adjunto a tais atividades, as empresas deixam uma grande e forte pegada ambiental, quer seja pela poluição causada pelo ramo da atividade econômica explorada, quer seja pelo simples deslocamento, ida e volta, de seus funcionários de suas residências para os postos de trabalho.

No início do modelo capitalista que ora se apresenta, os consumidores preocupavam-se apenas com o preço dos produtos e serviços. Depois, a qualidade passou a ser o alvo e, recentemente, o mercado consumidor está mais tendente a optar por produtos e serviços de empresas que têm no desenvolvimento sustentável um de seus valores empresariais.

A gestão socioambiental empresarial passou a ser um critério diferenciador de sucesso econômico e de desenvolvimento sustentável.

Com isso, as empresas que adotam uma política pública e transparente de gestão socioambiental logram benefícios, não somente para si, mas, principalmente, para seus colaboradores e terceiros, direta e indiretamente interessados, os chamados *stakeholders*.

Nesse sentido, o presente artigo visa a perscrutar de que forma a política de gestão socioambiental da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL foi compreendida e absorvida pelos colaboradores, bem como identificar quais foram os resultados internos e externos alcançados.

Com efeito, desde a confecção do projeto deste artigo, o objetivo geral já se apresentava parcialmente elucidado, na medida em que restou evidente que a CAIXA possuía um amplo plano de gestão socioambiental, ou melhor, uma vasta Política de Responsabilidade Socioambiental, como passou a ser denominada a gestão socioambiental para as instituições financeiras após a Resolução BACEN 4327/2014. Resta, no entanto, investigar de que maneira essa Política está estruturada.

Outrossim, nas páginas seguintes, insta identificar quais medidas específicas vêm sendo adotadas pela CAIXA com vistas à promoção do desenvolvimento sustentável, quais são os resultados práticos de tais medidas e, por fim, propor eventuais aperfeiçoamentos da política de gestão socioambiental em apreço, ou, até mesmo, a ampliação ou ratificação das medidas destinadas ao atendimento do desenvolvimento sustentável.

1 Desenvolvimento sustentável e gestão socioambiental empresarial

1.1 Evolução histórica

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema acerca do surgimento do ramo das ciências jurídicas denominado de direito ambiental, ou, enfim, de fixar um *big-bang* para o ramo, do conceito de desenvolvimento sustentável e sua transfiguração e ampliação para a gestão socioambiental empresarial, este tópico visa tão somente a revisar de modo bastante breve e sucinto as principais transformações pelas quais passou o mundo atinente a tais aspectos, a fim de melhor compreender a dinâmica do mote ora apreciado.

Em apertada síntese, a doutrina não é uníssona em relação ao marco histórico que deu origem ao direito ambiental. No

entanto, diversas correntes tentam explicar a gênese do direito ambiental a partir de leis esparsas e específicas a assuntos conforme a conveniência da época.

Se, por um lado, não se tem uma certeza quanto à origem do direito ambiental, por outro, certamente, o evento mais importante que alavancou a produção legislativa e despertou o interesse dos países, governantes e empresas e da população de modo geral foi a Convenção de Estocolmo de 1972, e o documento dela derivado.

Com efeito, por meio de mais de duas dezenas de princípios que versam sobre direitos humanos, desenvolvimento econômico, social e ambiental, a Declaração de Estocolmo exprime a preocupação com a preservação do meio ambiente e a sadia qualidade de vida.

A partir da Declaração de Estocolmo, os países, inicialmente os europeus e após os Estados Unidos, seguido dos demais, passaram a adotar políticas públicas de preservação do meio ambiente, por meio de edição de legislação específica e da criação de órgãos encarregados de promover a fiscalização do cumprimento das novas diretrizes de proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável, considerados como corolário do desenvolvimento econômico e social.

A preocupação com a preservação do meio ambiente chegou ao Brasil, e a primeira lei editada nesse sentido foi a de n. 4.771, de 1965, a qual instituiu o Código Florestal, acompanhado pelo Código de Caça, criado pela Lei n. 5.197, de 1967.

A principal disposição legislativa brasileira dessa época foi a Lei n. 6.938, de 1981, que inaugurou a Política Nacional do Meio Ambiente e fez diversas outras disposições, além de criar o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), de função consultiva e deliberativa; o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA), de natureza executória das políticas públicas do meio ambiente, os Órgãos Seccionais e Locais, de abrangências estaduais e municipais respectivamente, de competência executória e fiscalizatória das políticas nos correspondentes âmbitos de suas competências, todos integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), também criado pela mesma lei.

O art. 2º dessa lei assim define o propósito da Política Nacional do Meio Ambiente: “tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios” (BRASIL, art. 2º da Lei n. 6.938/81).

Referida Lei ainda melhor regulamentou e disciplinou o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e os requisitos do Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (RIMA), que é fruto do EPIA.

O EPIA RIMA é regulamentado e pormenorizado pela Resolução 001, de 1986, do CONAMA, a qual, por meio do artigo primeiro, descreve o que é considerado impacto ambiental, bem como elenca no artigo 2º as atividades previamente consideradas como de potencial risco para o meio ambiente e a sadia qualidade de vida, a saber:

Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II - as atividades sociais e econômicas;

III - a biota;

IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V - a qualidade dos recursos ambientais.

Não obstante os avanços perpetrados pela Lei n. 6.938, de 1981, o Brasil consagrou a proteção ao meio ambiente como um direito humano fundamental por meio da Constituição Federal de 1988, erigida após mais de duas décadas de ditadura militar, ao inserir no art. 225 que o meio ambiente, adjetivado por “ecologicamente equilibrado”, constitui-se em um “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Um ano antes, cunhou-se, por meio do Relatório *Brundtland*, o conceito de desenvolvimento sustentável, que pode ser entendido como “aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a possibilidade de as próximas gerações suprirem suas próprias necessidades” (WCED, 1987, p. 43, *apud* SOARES, 2016, p. 14).

Com as empresas ocupando cada vez mais papel de destaque na produção e circulação de bens e serviços e, sendo bem por isso as principais responsáveis pelas atividades poluidoras e potencialmente degradantes ao meio ambiente, o espírito de proteção ao meio ambiente passou a ser tema corrente nas deliberações empresariais, não somente por imposição legislativa, mas também porque as empresas começaram a se preocupar efe-

tivamente com esse intento, até como forma de melhoria de suas imagens institucionais e eficiência dos processos produtivos.

Nesse cenário, surge a gestão socioambiental como importante instrumento de gestão à disposição das empresas para as ajudarem na relevante persecução do desenvolvimento sustentável.

1.2 Definição e conceituação

O art. 225 da Constituição Federal de 1998 preceitua que todos “têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Deflui-se do texto do artigo supratranscrito que o legislador constituinte à época da redação do art. 225 tinha em mente, ao cunhar as expressões “meio ambiente ecologicamente equilibrado [...] defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, o conceito de desenvolvimento sustentável erigido em 1987, por meio do documento Nosso Futuro Comum (*our common future*), também denominado de Relatório *Brundtland*, para o qual desenvolvimento sustentável é “aquele que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a possibilidade de as próximas gerações suprirem suas próprias necessidades” (WCED, 1987, p. 43, *apud* SOARES, 2016, p. 14).

Porém, antes mesmo de ser alçado à categoria de direito fundamental e norma constitucional, o legislador ordinário havia conceituado o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º inciso I da Lei n. 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente).

O meio ambiente ecologicamente equilibrado se constitui em um direito difuso, de natureza transindividual e indivisível, de titularidade de pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato (CDC art. 81 § ún. I). Isto é, ninguém possui isoladamente direito de posse ou propriedade ao meio ambiente. Ele é de todos e de uso comum do povo, daí a sua natureza ser transindividual e indivisível.

O postulado final da proteção do meio ambiente é a manutenção da sadia qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, já que todos os seres humanos precisam de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, quer seja para simples sub-

sistência, quer seja para a satisfação de suas, presentes e futuras, necessidades básicas.

Alaim Giovani Fortes Stefanello, em artigo publicado na revista mineira *Veredas do Direito*, bem sintetiza o papel de destaque que a sadia qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana têm como resultado do meio ambiente equilibrado, como confluência dos direitos humanos e fundamentais, como segue:

De outro lado, pode-se dizer que a confluência de interesse entre essas duas áreas do conhecimento jurídico (Direitos Humanos e Direito Ambiental) ocorreu quando houve a compreensão de que não há como utilizar o meio ambiente esquecendo-se dos seres humanos que necessitam dele para subsistir, seja para a simples sobrevivência ou satisfação das necessidades mais primárias, seja também para assegurar uma vida saudável e baseada no princípio da dignidade da pessoa humana.

De igual forma, aflora a percepção de que a qualidade do ambiente interfere diretamente no exercício de outros direitos e possibilidades humanas, como o direito à saúde e o direito de se viver com qualidade. A luta pelos direitos civis, políticos, culturais, econômicos culturais e sociais alia-se à luta pelo direito à preservação ambiental. Dessa união de propósitos surge, então, o Socioambientalismo, servindo de lastro para a promoção e construção contemporânea dos Direitos da Sociobiodiversidade, que tratam da utilização sustentável do meio ambiente de maneira integrada com os direitos humanos, tendo como centro das preocupações a manutenção da vida sadia e com qualidade, inclusive para as futuras gerações. Por conseguinte, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser considerado um direito fundamental, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal.

Como visto na parte final do art. 225 da CF/88 supracitado, ao Poder Público e à coletividade incumbe o dever de zelar pelo meio ambiente. E não poderia ser diferente com relação às empresas.

O art. 170, inciso VI, da CF/88 dispõe que a ordem econômica se pauta pela valorização do trabalho e pela livre iniciativa e tem por princípio a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

Para não se tornarem obsoletas e insertas em um anacronismo em relação às exigências do mercado consumidor e das dis-

ponibilidades de matérias-primas e qualidade de vida global, as empresas tiveram de mudar o foco e os meios de produção de bens e serviços, assumindo a gestão socioambiental empresarial uma importante ferramenta na persecução do desenvolvimento sustentável.

A gestão socioambiental empresarial tem de estar presente no âmago da empresa e se constituir em um vetor de orientação de todas as atividades empresariais, desde o planejamento até o pós-vendas, como definido por NASCIMENTO :

A gestão socioambiental [...] de uma organização consiste na inserção da variável socioambiental ao longo de todo o processo gerencial de planejar, organizar, dirigir e controlar, utilizando-se das funções que compõem esse mercado gerencial, bem como das interações que ocorrem no ecossistema do mercado, visando a atingir seus objetivos e metas da forma mais sustentável possível. (NASCIMENTO, et al. 2008, p 18)

Visa o presente artigo justamente a investigar de que forma a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL implantou ou tem adotado o desenvolvimento sustentável como um de seus valores empresariais, bem como identificar quais (se houver) são os procedimentos adotados e os resultados deles derivados.

2 Política de gestão socioambiental e desenvolvimento sustentável da Caixa Econômica Federal

2.1 Conhecendo a Caixa Econômica Federal

Há 156 anos, no dia 12 de janeiro de 1861, Dom Pedro II assinou o Decreto n. 2.723, que fundou a Caixa Econômica e Monte de Socorro, também denominada de Caixa Econômica da Corte. Seu propósito era incentivar a poupança e os empréstimos sob penhor garantidos pelo Governo Imperial. Essa característica a diferenciava das demais instituições que concediam empréstimos sem garantias ou com altas taxas de juros. Desse modo, a CAIXA se popularizou pelas camadas mais humildes, inclusive pelos escravos, que podiam juntar suas economias na CAIXA para comprarem suas cartas de alforria.

Em 1931, a CAIXA inaugurou operações de empréstimo por consignação para pessoas físicas; três anos depois, por determinação do governo federal, assumiu a exclusividade dos empréstimos sob penhor, o que extinguiu as casas de prego operadas por particulares. No dia 1º de junho do mesmo ano, foi assinada a pri-

meira hipoteca para a aquisição de imóveis da CAIXA do Rio de Janeiro, consoante dados extraídos do sítio da CAIXA disponível em:< <http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/apresentacao/Paginas/default.aspx>> acesso em 17 Nov. 2017.

Todos os dados históricos e institucionais aqui compilados ou glosados foram extraídos do sítio anteriormente indicado e foram ora parafraseados, ora parcialmente transcritos com inserções de pequenas alterações textuais.

A CAIXA também é detentora do monopólio das loterias federais desde 1961, gerenciando e controlando cerca de 10 jogos/apostas que permitem ao povo brasileiro o sonho da SORTE GRANDE por meio da popular ‘fezinha’.

Em 1986, a CAIXA incorporou o Banco Nacional de Habitação (BNH) e assumiu, definitivamente, a condição de maior agente nacional de financiamento da casa própria e de importante financiadora do desenvolvimento urbano, especialmente do saneamento básico. No mesmo ano, com a extinção do BNH, tornou-se o principal agente do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), administradora do FGTS e de outros fundos do Sistema Financeiro de Habitação (SFH).

Quatro anos depois, em 1990, iniciou ações para centralizar todas as contas vinculadas do FGTS, que, à época, eram administradas por mais de 70 instituições bancárias.

Ao longo de sua trajetória, a CAIXA vem estabelecendo estreitas relações com a população ao atender às suas necessidades imediatas, como poupança, empréstimos, FGTS, Programa de Integração Social (PIS), Seguro-Desemprego, crédito educativo, financiamento habitacional e transferência de benefícios sociais.

Desde sua gênese, não parou de crescer, de se desenvolver, de diversificar e ampliar suas áreas de atuação. Além de atender a correntistas, trabalhadores, beneficiários de programas sociais e apostadores, acredita e apoia iniciativas artístico-culturais, educacionais e desportivas em todo o Brasil.

Hoje, a CAIXA tem uma posição consolidada no mercado como um banco de grande porte, sólido e moderno, agente de implementação de políticas públicas e principal parceira estratégica do Estado brasileiro.

A Caixa Econômica Federal (CEF), também conhecida como **Caixa Econômica** ou apenas **Caixa**, é uma instituição financeira, sob a forma de empresa pública do governo federal brasileiro, com patrimônio próprio e autonomia administrativa com sede em Brasília (DF) e com filiais em todo o território nacional. É um órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. Integra o Sistema financeiro nacional, auxiliando na política de crédito

do governo federal, submetendo-se às suas decisões e à disciplina normativa ao Ministro da Fazenda, e à fiscalização do Banco Central do Brasil. Conta, em caráter excepcional, com serviços bancários autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Suas contas e operações estão sujeitas a exame e a julgamento do Tribunal de Contas da União (TCU).

Após a reforma administrativa implementada no âmbito da administração federal pelo Decreto-Lei n. 200, de 1967, a Caixa, nos termos do art. 04º II “B” e 05º II, foi autorizada a se constituir por força do Decreto-Lei n. 759, de 1969, e seu atual Estatuto foi aprovado pelo Decreto n. 7.973, de 2013.

Este breve relato dos principais acontecimentos históricos do Brasil e da Caixa está muito bem sintetizado na missão empresarial da Caixa, assim redigida pelo Manual Normativo de Recursos Humanos 200 (MN RH 200), que estatui o Código de Ética da CAIXA: “**Missão** Atuar na promoção da cidadania e do desenvolvimento sustentável do País, como instituição financeira, agente de políticas públicas e parceira estratégica do Estado brasileiro”.

Como se vê, a Caixa apresenta em seu DNA, materializado por sua missão institucional, o cuidado de atuar no desenvolvimento sustentável do país, o que é, em grande escala, reforçado pelos valores que a empresa enumera no mesmo MN RH 200:

Valores

Sustentabilidade econômica, financeira e socioambiental

[...]

VALORES DO CÓDIGO DE ÉTICA DA CAIXA

RESPEITO

[...]

Os nossos patrocínios atentam para o respeito aos costumes, tradições e valores da sociedade, bem como a preservação do meio ambiente.

[...]

COMPROMISSO

[...]

Buscamos a melhoria das condições de segurança e saúde do ambiente de trabalho, preservando a qualidade de vida dos que nele convivem.

[...]

TRANSPARÊNCIA

[...]

Como empresa pública, estamos comprometidos com a prestação de contas de nossas atividades, dos recursos por nós geridos e com a integridade dos nossos controles.

[...]

RESPONSABILIDADE

[...]

Buscamos a preservação ambiental nos projetos dos quais participamos, por entendermos que a vida depende diretamente da qualidade do meio ambiente.

Esclarece-se que a CAIXA elenca cinco grandes valores vetoriais a orientar as condutas dos colaboradores e de toda a ação institucional da empresa, obtidos por meio de pesquisa com grande número de empregados, a saber: HONESTIDADE, RESPEITO, COMPROMISSO, TRANSPARÊNCIA e RESPONSABILIDADE.

Sublinhe-se que o respeito e a preocupação com o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável do país aparecem como valor autônomo da empresa e estão inseridos especificamente e detalhadamente em 04 dos 05 grandes eixos temáticos, como se deflui do excerto supracitado.

Assim, como não se pode deixar de ser observado, a Caixa, ao menos na parte teórica e em sua normatização, possui uma forte preocupação com o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável do Brasil, inserindo tais postulados em sua missão e em seus valores corporativos.

Resta perscrutar, no entanto, se tais valores e postulados são efetivamente adotados na prática cotidiana dos colaboradores da empresa e se eles estão presentes nas atitudes e medidas adotadas pela Caixa na realização de suas atividades empresariais.

2.2 Política de gestão socioambiental e desenvolvimento sustentável da Caixa Econômica Federal

Preambularmente, insta esclarecer que a política de gestão socioambiental da CAIXA, outrora denominada de Responsabilidade Socioempresarial e disciplinada pelo Manual Normativo PO 012, e a Responsabilidade Socioambiental, regulamentada pelo MN PO 009, foram revogadas e, a partir da Resolução BACEN 4327/2014, deram origem à nova Política de Responsabilidade Socioambiental, pormenorizada pelo MN PO 046.

A citada Resolução BACEN n. 4327, de 25 de abril de 2014, consagra em seu artigo primeiro, parágrafo único, os princípios basilares que regem a Política de Responsabilidade Socioambiental das entidades por ela afetadas, a saber: a Relevância, com ênfase no “grau de exposição ao risco socioambiental das atividades e das operações das instituições” e da Proporcionalidade entre a PSRA com “a natureza da instituição e a complexidade de suas atividades e de seus serviços e produtos financeiros” (BACEN, RE 4327/2014).

Em que pese a troca de denominação de RSE e de RSA para Política de Responsabilidade Socioambiental, fato é que, na prática, a CAIXA continua tendo uma Política de Gestão Socioambiental, para se utilizar a nomenclatura comum e especializada, bem como continua socioempresarial e ambientalmente responsável, como se verá adiante.

Assim, a nova Política de Responsabilidade Socioambiental da CAIXA será analisada em dois aspectos: o primeiro, relativo ao cotidiano dos colaboradores da empresa, no denominado agir *interna corporis*, e o segundo, em relação à área comercial do banco, de forma a abranger a parte relacional com clientes, Estado e empresas parceiras que consomem os produtos da CAIXA ou são parceiras de alguma forma não consumerista, os chamados *stakeholders*.

Para a CAIXA:

atitude sustentável é mais do que uma maneira de agir, mas uma visão de negócio que permeia a organização e os interesses de todos os envolvidos e de suas relações. Essa consciência quanto à importância da responsabilidade socioambiental faz parte da missão da empresa e é fundamental para que ela supere os desafios estratégicos e de gestão. Ao definir seus temas estratégicos, a CAIXA construiu uma matriz de materialidade a partir do diagnóstico das expectativas de seus stakeholders, em linha com as normas de engajamento AA 1000, incluindo parceiros de negócios, empregados, lideranças, entidades setoriais, sindicatos e clientes de todas as regiões do país. (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 77 disponível em: < <http://www.caixa.gov.br/sustentabilidade/relatorios-de-sustentabilidade/Paginas/default.aspx> > acesso em 01 Dez 2017.)

Em que pese o fato de os colaboradores da CAIXA também serem afetados diretamente pela política de gestão socioambiental da empresa fora também do ambiente de trabalho, buscou-se assim a divisão de apreciação do tema para fins didáticos e metodológicos.

A metodologia empregada foi a de pesquisa qualitativa e quantitativa do plano de gestão socioambiental da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, por meio de pesquisas de comunicações internas, manuais normativos, cursos oferecidos na Universidade CAIXA, além de outras comunicações e notícias sobre gestão socioambiental, particularmente a análise do Relatório de Sustentabilidade do ano de 2016, com vistas a identificar se as medidas adotadas pela empresa propiciam, de fato, o atendi-

mento do desenvolvimento sustentável; resultado sintetizado a seguir.

Antes, porém, ainda neste tópico insta abordar os pontos gerais da Política de Responsabilidade Socioambiental da CAIXA, doravante denominada apenas por PRSA, aplicáveis aos dois aspectos em apreço.

Como visto nos tópicos precedentes, antes de se falar em gestão socioambiental, se fez necessário identificar e conceituar o que é direito ambiental, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, já que este último é o postulado-fim, por meio do qual se permite às gerações presentes satisfazer suas necessidades vitais básicas, sem prejuízo de que as futuras gerações assim também o façam.

Nesse caminhar, e como não poderia deixar de ser diferente, a CAIXA é social e ambientalmente responsável, comprometida, transparente com a gestão dos recursos financeiros e ambientais do país, como também respeita o meio ambiente e preza pela sadia qualidade de vida, consoante se deflui dos valores da CAIXA e dos dados por ela divulgados, adiante esmiuçados.

Esses dados são analisados, compilados e divulgados desde 2003 por meio de relatórios de sustentabilidade, assim entendidos pela CAIXA:

Desde 2003, a Caixa divulga seu desempenho econômico, social e ambiental. O Relatório de Sustentabilidade da organização é baseado na Global Reporting Initiative (GRI), uma instituição internacional que define diretrizes padronizadas para a elaboração do documento. O objetivo é informar o que, de fato, interessa aos públicos envolvidos com a empresa, com qualidade e assecuração necessária e padrão de comparabilidade no mercado. Além disso, a Caixa adota uma revisão de dados por auditoria independente, o que proporciona ainda mais legitimidade ao processo e evita possíveis conflitos de interesses. Tanta dedicação e compromisso com a transparência garantiu a classificação A+ aos Relatórios de Sustentabilidade da Caixa, a partir de 2010. (sítio da CAIXA, disponível em: < <http://www.caixa.gov.br/sustentabilidade/relatorios-de-sustentabilidade/Paginas/default.aspx>> acesso em 17 Nov 2017).

Como se vê, desde 2003 a CAIXA divulga relatórios confeccionados seguindo rigorosos padrões de qualidade e fidelidade, segundo os ditames da *Global Reporting Initiative* (GRI), nos quais explicita os resultados econômicos, sociais e ambientais, de modo a exprimir a preocupação da empresa com o desenvol-

vimento econômico, social e sustentável de conformidade com as diretrizes das convenções das Nações Unidas sobre o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

Em que pese a CAIXA zelar pela excelência de seus serviços e buscar ser uma empresa social e economicamente sustentável, este trabalho tem por escopo analisar a sustentabilidade das ações da CAIXA a partir do viés ambiental. Dessa maneira, apesar da interconexão das áreas social, econômica e ambiental, o foco será apreciar as medidas da PRSA adotadas em prol da gestão socioambiental.

Tendo isso em mente, parte-se agora para a análise das medidas ambientais da PRSA da CAIXA.

2.2.1 Política de gestão socioambiental interna

Neste subtópico, serão analisadas quais são as principais Políticas de Responsabilidade Socioambiental adotadas pela CAIXA no ano de 2016 e destinadas ao público interno, seus colaboradores, e de que modo tais medidas foram compreendidas e impactaram a rotina de trabalho deles.

Com efeito, a CAIXA possui inúmeras boas práticas de trabalho destinadas aos seus colaboradores, destinadas a atender às diretrizes da relevância e proporcionalidade das atividades do Banco, de acordo com a RE BACEN n. 4327/2014, das quais se destacam as seguintes.

A CAIXA treina e capacita seus colaboradores a estarem atentos às medidas da PRSA voltadas a salvaguardar o meio ambiente e a propiciar o desenvolvimento sustentável do país, por meio de cursos ofertados na Universidade CAIXA, como se infere do programa Centro de Estudos em sustentabilidade (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 77).

A CAIXA também motiva seus colaboradores a participarem de ações voluntárias voltadas à conscientização e a atividades práticas sobre o desenvolvimento sustentável, de acordo com o programa de Voluntários CAIXA (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 77).

O Banco mantém todos os seus colaboradores informados e conscientes da importância do trabalho que desempenham, especialmente sobre a destinação dos créditos liberados, como se constata dos informativos denominados Guias setorializados de boas práticas, definidos pela empresa à fl. 79 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA de 2016.

Pela campanha Poupe o Planeta, a CAIXA visou a sensibilizar os empregados a adotarem atitudes de proteção ao meio

ambiente, como se pode ver da descrição do programa interativo descrito à fl. 93 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA de 2016.

Fazendo o dever de casa, a CAIXA promoveu ações focadas a reduzir o consumo de água, energia elétrica e materiais de consumo, como se pode observar das medidas encartadas às fls. 93/96 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA de 2016.

Relativamente à diminuição do consumo de energia elétrica, pode-se citar a troca de inúmeras lâmpadas e luminárias fosforescentes para modernos tubos LED, além da instalação de painéis fotovoltaicos em diversas agências-modelo da CAIXA. A empresa não só reduz o consumo de energia elétrica, como, em parte, também produz sua própria energia.

Acerca do uso racional da água, a CAIXA promoveu diversas iniciativas de melhoria de eficiência, como consertos de vazamentos, ajustes de registros, instalação de dispersores que reduzem o consumo do recurso hídrico, entre outros mecanismos de reutilização da água.

Sobre a mitigação do material de consumo, a CAIXA vem adotando medidas para a redução do uso desses recursos, e agora os envelopes depositários são o alvo da vez.

A CAIXA não se preocupa somente com os serviços internos prestados e com a conscientização dos colaboradores, mas também exige das empresas parceiras que auxiliam diretamente na prestação dos serviços bancários a observação aos critérios de responsabilidade socioambiental, como se pode verificar do projeto-piloto desenvolvido em São José dos Campos-SP, esmiuçado à fl. 97 do Relatório em apreço.

Porém, a CAIXA não apenas exige boas práticas ambientais das empresas parceiras, como ainda capacita os *stakeholders* parceiros com vistas à observância das diretrizes da boa governança e, sobretudo, aos princípios de sustentabilidade social, econômica e ambiental, consoante se extrai do Programa de Capacitação Continuada da Rede Parceira da CAIXA (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 99).

A proteção ao meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável também é o foco da CAIXA no que se refere à aquisição de bens e serviços, como se pode extrair da política de compras sustentáveis (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 98).

Como não se pode deixar de ser observado, inúmeras são as medidas adotadas pela CAIXA no sentido de promover a conscientização, a capacitação e o treinamento dos colaboradores e dos parceiros (empresas e prestadores de serviços) a desenvolverem um olhar mais atento às boas práticas da Política de

Responsabilidade Socioambiental. Esses *stakeholders* são ainda estimulados a participarem de ações voluntárias destinadas à propagação da boa governança acerca das atividades voltadas à preservação do meio ambiente e à propiciação do desenvolvimento sustentável da CAIXA e do país.

A CAIXA ainda faz a lição de casa e dá o exemplo no que se refere a ser ambientalmente sustentável ao praticar medidas destinadas à redução do consumo de energia elétrica, água e outros recursos naturais, por meio de programas específicos voltados ao uso racional desses recursos.

Enfim, pode-se concluir que a CAIXA possui uma vasta gama de atividades dos desdobramentos da Política de Responsabilidade Socioambiental direcionadas ao público interno, as quais foram compreendidas e praticadas pelos colaboradores, o que evidencia o sucesso da PRSA nesse aspecto e o engajamento dos *stakeholders* focados por tais medidas.

2.2.2 Política de gestão socioambiental externa

Neste subtópico, serão apreciadas as principais medidas da PRSA da CAIXA voltadas à área comercial do Banco e os resultados práticos delas decorrentes.

Apesar de a concessão de crédito se constituir na principal atividade do Banco, a CAIXA está atenta às diretrizes de sustentabilidade nos negócios e, por isso, é signatária de dois importantes compromissos: os Princípios para os Investimentos Responsáveis (PRI) e os Princípios do Equador, como se deduz da fl. 77 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016.

A CAIXA possui um fundo de ações especializado, o FI ações ISE, destinado a facilitar a tomada de créditos pelas empresas que se destacam “nos pilares de eficiência econômica, equilíbrio ambiental, justiça social e governança corporativa. Em 30/12/2016, o patrimônio do FIA ISE era de R\$ 3,5 milhões, com a participação de 225 cotistas e desempenho de 11,99% no ano” (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 78).

Uma vez que esses recursos são liberados e concedidos às empresas, a CAIXA passa a acompanhar de perto os compromissos assumidos, especialmente aqueles voltados à preservação do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável. Diversas são as ferramentas disponíveis para tanto, como se pode observar do rol listado à fl. 79 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016.

Por força da Lei n. 8.036/90, a CAIXA é o agente integrador e a única instituição financeira a gerir as contas do FGTS, bem

como a Política de Sustentabilidade socioambiental do FGTS, atualmente com recursos destinados às seguintes áreas:

áreas de saneamento básico, habitação e infraestrutura urbana, com foco na prevenção e mitigação de impactos ambientais, no uso responsável dos recursos naturais, na proteção aos direitos dos trabalhadores e dos direitos humanos e na proteção aos patrimônios histórico, cultural, artístico, paisagístico e arqueológico (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 79)

A PRSA da CAIXA, aliada aos Princípios do Equador, elenca uma série de requisitos socioambientais para a concessão de créditos para projetos mais vultuosos ou potencialmente degradantes, consoante se extrai das fls. 79/80 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, dos quais se destacam a inclusão de quesitos que salvaguardam o meio ambiente e os direitos humanos, o combate à mão de obra escrava e infantil, a proteção à saúde e a diversidade étnica e cultural, além da adoção de sistemas de saúde e segurança ocupacional.

A empresa se preocupa tanto com a sustentabilidade dos negócios e a consciente concessão de créditos que simplesmente não concede empréstimos a empresas ou tomadores que estejam em débito com o INSS, o FGTS ou que, de alguma forma, possuam autuações de trabalho escravo/análogos à escravidão, consoante se deflui da fl. 82 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA de 2016.

Por meio da ação Madeira Legal, a CAIXA, em parceria com o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis (IBAMA) e o Ministério do Meio Ambiente (MMA), adota um conjunto de medidas para fiscalizar e certificar que em todas as obras e empreendimentos habitacionais financiados pela CAIXA são utilizadas madeiras com origem legal, conforme a ação descrita à fl. 85 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA de 2016.

Ainda na parte habitacional, a CAIXA criou o Selo Azul, certificado concedido aos empreendimentos imobiliários que se destacam nos gêneros da qualidade urbana, projeto e conforto, eficiência energética, conservação de recursos materiais, gestão da água e práticas sociais, segundo informações constantes à fl. 86 do Relatório de Sustentabilidade CAIXA de 2016.

A CAIXA possui o interessante projeto de geração de renda e energia, pelo qual, além de produzir, a partir de microusinas fotovoltaicas ou eólicas, a energia elétrica para as áreas comuns de determinados conjuntos habitacionais destinados às famílias

mais humildes, o excedente ainda é vendido na rede de abastecimento, gerando, com isso, renda para os moradores desses conjuntos, de acordo com o projeto descrito à fl. 86 do Relatório em apreço.

Em 2010, a CAIXA criou o Fundo Socioambiental (FSA), cuja finalidade é: “apoiar financeiramente projetos e ações de caráter social e ambiental cujo público beneficiário seja, prioritariamente, a população de baixa renda” (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 87). Os recursos para o FSA CAIXA são compostos de até 02% do lucro líquido do Banco, apurado conforme a legislação específica.

Por meio do FSA CAIXA, a empresa financia centenas de projetos Brasil afora, todos voltados à promoção do desenvolvimento econômico, social e ambiental das comunidades impactadas, das quais se pode citar especificamente a agência-barco do Marajó, ante a importância da agência-barco para os 10 municípios atendidos, além de ser a CAIXA o único banco no país que conta com duas agências-barco e outras dez agências-caminhão.

Da experiência em Marajó, destaca-se o seguinte:

O Desenvolvimento Integrado e Sustentável de Território (DIST) também é aplicado pela CAIXA nos 10 municípios por onde trafega a Agência Barco Ilha do Marajó. Seu objetivo é interconectar as dimensões de governança territorial, dinamização econômica, promoção sociocultural e gestão ambiental, tendo como base o protagonismo das comunidades locais atendidas pela agência-barco, juntamente com a articulação de parcerias públicas e privadas e redes de apoio aos territórios nos quais os projetos são implementados. A iniciativa atende a cerca de 3.200 pessoas, com o investimento de R\$ 3 milhões dos recursos do FSA CAIXA. (Relatório de Sustentabilidade CAIXA 2016, p. 92)

Alguns dos projetos e programas que serviam tanto ao público interno quanto ao público externo já foram apreciados no subtópico antecedente, a exemplo do programa de capacitação continuada da rede parceira e às compras sustentáveis, pelo que não serão novamente comentados.

Como visto, a CAIXA também possui uma grande preocupação relativamente ao atendimento por parte de seus clientes daqueles valores empresariais que salvaguardam o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

Chama a atenção o fato de um banco, que, evidentemente, possui na concessão de créditos a espinha dorsal de seus negóci-

os, chegar a negar empréstimos a clientes que não atendam às diretrizes dos Princípios do Equador ou da PRSA da CAIXA, por exemplo, tamanho o comprometimento com o desenvolvimento sustentável.

Conclusão

Como visto, o mundo nem sempre esteve atento ao consequencialismo de suas atitudes, especialmente no tocante aos impactos delas ao meio ambiente. Mas, felizmente, após as décadas de 1970 e 1980, o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável passaram a ser os protagonistas da preocupação dos povos, das nações, dos países e das entidades supragovernamentais, até que se cunhou a moderna gestão socioambiental destinada a todos os *stakeholders*.

Relembre-se que o postulado final da proteção do meio ambiente é a manutenção da sadia qualidade de vida e a dignidade da pessoa humana, já que todos os seres humanos precisam de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, quer seja para simples subsistência, quer seja para a satisfação de suas, presentes e futuras, necessidades básicas. E, com as empresas, não poderia ser diferente. Para não se tornarem obsoletas e insertas em um anacronismo em relação às exigências do mercado consumidor e da disponibilidade de matérias-primas e qualidade de vida global, as empresas tiveram de mudar o foco e os meios de produção de bens e serviços, assumindo a gestão socioambiental empresarial como uma importante ferramenta na persecução do desenvolvimento sustentável.

A CAIXA, atenta a tais mudanças, alocou em sua missão institucional o cuidado de atuar no desenvolvimento sustentável do país, o que é, em grande escala, reforçado pelos valores empresariais. Desse modo, a CAIXA apresenta em seu DNA a responsabilidade de atuar ativamente na busca pelo desenvolvimento econômico, social e ambiental do Brasil, como agente de políticas públicas e principal parceira estratégica do Estado brasileiro.

Para a persecução desse escopo, a CAIXA disponibiliza e implementa diversos programas institucionais destinados aos seus colaboradores, à rede parceira e aos clientes do Banco, voltados à promoção do desenvolvimento sustentável do país.

Com efeito, são ofertados cursos de treinamento e capacitação direcionados aos colaboradores e parceiros, programas de incentivo à participação de atividades voluntárias, medidas de redução de recursos naturais, boletins informativos

das atividades implementadas pela empresa, alinhamento a princípios internacionais no tocante à concessão de créditos, criação de programas e certificações destinadas a premiar as medidas socioambientalmente responsáveis, a criação de um fundo especializado (FSA CAIXA) para fazer frente aos investimentos das comunidades engajadas com a preocupação do meio ambiente, entre tantos outros projetos, ações e programas anteriormente analisados e aqueles outros que, em virtude da limitação deste trabalho, infelizmente, acabaram ficando à margem deste artigo.

Disso tudo emerge a conclusão de que inúmeras são as medidas adotadas pela CAIXA com vistas a promover a conscientização, a capacitação e o treinamento dos colaboradores e dos parceiros (empresas e prestadores de serviços) a desenvolverem um olhar mais atento às boas práticas da Política de Responsabilidade Socioambiental. Esses *stakeholders* são ainda estimulados a participarem de ações voluntárias destinadas à propagação da boa governança acerca das atividades voltadas à preservação do meio ambiente e à propiciação do desenvolvimento sustentável da CAIXA e do país.

Assim, como não se pode deixar de ser observado, a CAIXA é econômica, social e ambientalmente responsável, comprometida, transparente com a gestão dos recursos financeiros e ambientais do país, como também respeita o meio ambiente e preza pela sadia qualidade de vida, consoante se deflui dos valores corporativos da empresa e dos dados divulgados pelos relatórios de sustentabilidade, anteriormente esmiuçados.

Referências

BACEN, Resolução n. 4327/2014 do Banco Central do Brasil, disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf>. Acesso em: 01 Dez 2017.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso: 14 Set. 2017.

_____, Decreto-Lei n. 200 de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200compilado.htm>. Acesso em: 19 Out. 2017.

_____, Decreto-Lei n. 759 de 12 de agosto de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0759.htm>. Acesso em: 19 Out. 2017.

_____, Decreto n. 7.973 de 28 de março de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7973.htm#art3>. Acesso em: 19 Out. 2017.

_____, Lei 6.931/81 Lei da Política Nacional do Meio Ambiente de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso: 14 Set. 2017.

_____, RESOLUÇÃO CONAMA 001 de 23 de janeiro de 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em 23 Out. 2017.

_____, Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso: 14 Set. 2017.

CAIXA, história da CAIXA, disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/apresentacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso 17 Nov 2017.

_____, Visão e definição dos Relatórios de Sustentabilidade Caixa, disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/sustentabilidade/relatorios-de-sustentabilidade/Paginas/default.aspx>> acesso em 17 Nov 2017.

_____, Relatório de Sustentabilidade de 2016, disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/sustentabilidade/relatorios-de-sustentabilidade/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 01 Dez 2017.

_____, Manuais Normativos: RH 200, PO 046, disponível em: <<http://sismn.caixa/>>. Acesso: 14 Set e 01 Dez 2017.

FORTES STEFANELLO, Alaim Giovani. Diálogos Entre Direitos Humanos, Sociobiodiversidade e Propriedade Intelectual. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, ago. 2011. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/23>>. Acesso em: 14 Set. 2017.

NASCIMENTO, L. F.; CUNHA LEMOS, A. D. da; MELLO, M. C. A. de. **Gestão socioambiental estratégica**. Porto Alegre: Bookman, 2008.

SOARES, Ana Paula Fleury de Macedo. Desenvolvimento sustentável e gestão socioambiental empresarial: uma abordagem crítica sobre as concepções, políticas e práticas de sustentabilidade no mundo corporativo. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) - FGV - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17813?show=full>>. Acesso em: 14 Set. 2017.

Licitações e contratos na nova lei das estatais

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Pós-graduado em Administração Pública

Pós-graduado em Direito Constitucional

Pós-graduado em Direito Tributário

Graduado em Ciências Econômicas

Lilese Barroso Benevides de Magalhães

Advogada no Ceará

Pós-graduanda em Ciências Criminais

RESUMO

A Lei n.º 13.303/2016 significou importante normatização das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias quanto à governança corporativa, aspectos societários, controle, eficiência e também sobre as licitações e contratos, estes últimos antes regulados pela Lei n.º 8.666/93, norma geral dos certames na Administração Pública. A nova legislação busca atender de forma mais efetiva às necessidades das empresas estatais, considerando-se sua condição de prestadora de serviços públicos e de atividades econômicas no campo do direito privado. Abordam-se temas como modalidades de licitação, dispensa e inexigibilidade, procedimentos de contratação, aplicação de sanções, recursos, autocomposição, arbitragem e algumas especificidades, como o predomínio da consensualidade, matriz de riscos, sigilo do orçamento, responsabilidade civil, previsão de regulamento interno, entre outras, de destaque no âmbito da atuação econômica do Estado.

Palavra-chave: Lei n.º 13.303/2016. Empresas Estatais. Licitação e contratos. Consensualidade.

ABSTRACT

Law 13.303/16 meant important regulation of public companies, mixed-capital companies and their subsidiaries regarding corporate governance, corporate aspects, control, efficiency and also regarding the bidding and contracts, the latter previously regulated by Law 8.666/93, general rule which regulated them in the Public Administration. The new legislation seeks to meet more effectively the needs of state-owned enterprises, considering their status as provider of public services

and economic activities in the field of private law. Topics such as bidding, waiver and unenforceability procedures, contracting procedures, application of sanctions, appeals, autocomposition, arbitration and certain specificities, such as the predominance of consensuality, risk matrix, budget secrecy, civil responsibility, internal regulations, among others, outstanding in the ambit of the economic performance of the State.

Keywords: Law 13.303/2016. State-owned companies. Bidding and Contracts. Consensuality.

Introdução

Havia a previsão constitucional da edição de um estatuto jurídico próprio das empresas públicas e sociedades de economia mista, distinto da Lei geral de licitações (Lei n.º 8.666/1993). A Reforma Administrativa realizada pela emenda constitucional n.º 19/1998 iniciou essa transição, que culminou com a promulgação da Lei n.º 13.303/2016.

Dispõe basicamente sobre regime societário, governança corporativa, controle e licitações e contratos. Amplia os meios de fiscalização e inova na parte de certames, tornando-os mais simplificados e céleres, de forma a competir com as demais empresas na esfera do direito privado, porém sem deixar de se ater para a eficiência, moralidade, impessoalidade e transparência.

Neste trabalho, aborda-se a atuação do Estado na economia, a Lei n.º 8.666/1993 como norma geral até a transição para a nova lei das estatais, pregão e o regime diferenciado de contratação, contratação semi-integrada, dispensa e inexigibilidade de licitação, contratos, aplicação de sanções, recursos e meios alternativos de resolução de conflitos, além de inovações e polêmicas.

Busca-se, assim, analisar especificamente alguns tópicos das licitações e dos contratos administrativos, como valores de dispensa, critérios de desempate, consensualidade, conciliação, mediação, arbitragem e outras questões controvertidas, como a questão do sigilo do orçamento, em comparativo com as regras anteriores e demonstrando a relevância do assunto na atuação das estatais, empresas de fundamental importância na atuação do Estado no âmbito econômico, político e social.

1 A Lei das Estatais

A Lei das Estatais (13.303/2016) 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, mesclando institutos do direito privado e de direito público.

Inicialmente, é de se destacar que não há mais distinção entre estatais exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos, que antes eram objeto de discussão doutrinária.

O fundamento da outrora distinção era que as empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividade econômica atuavam no mercado em regime de concorrência com as demais empresas privadas e, assim, precisavam de regras mais flexíveis sobre licitações e contratos, a fim de ter competitividade, sem desobedecer aos princípios de Direito Administrativo. E, de outro lado, as estatais prestadoras de serviços públicos não atuavam em regime de concorrência.

A Lei n.º 13.303/2016 (LE) equipara e dá o mesmo tratamento para todos os tipos de empresas públicas e sociedades de economia mista, até mesmo por englobar questões sobre governança e direito societário. Porém, lhes garante a competitividade, por exemplo, dispensando de licitação produtos, serviços e obras relacionados à sua atuação no mercado (art. 28, §3º). Como dispõe Pereira e Faria:

O mais adequado é o entendimento de que o art. 1º da Lei n. 13.303/2016 abrange toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista, inclusive as que prestam serviços públicos. Parece que, ao se incluir no âmbito de aplicação da lei até mesmo as empresas estatais que atuam em regime de monopólio, não se pretendeu restringir sua aplicação àquelas que atuam apenas em ambiente competitivo. Ademais, ao optar por uma sociedade empresarial para a prestação de serviços públicos, a Administração Pública pretendeu, com amparo nas finalidades que se desejou alcançar ao constituir-la, sujeitá-la a regime jurídico semelhante ao do setor privado (2017, p. 6).

A norma está estruturada em duas partes: um conjunto de normas sobre governança corporativa, refletindo princípios constitucionais da eficiência, da transparência, do controle, da moralidade e da impessoalidade; regime societário; gestão de riscos e proteção de acionistas minoritários; e sobre licitações e contratos.

Há de se ressaltar que os processos licitatórios iniciados e os contratos celebrados antes da entrada da lei em vigor serão regidos pelo antigo regime. Os contratos celebrados posteriormen-

te, com base em processo licitatório iniciado antes da entrada da norma em vigor, se regem pela norma antiga, podendo ser aplicada a nova lei no que não conflitar com o disposto no edital das licitações que lhes deram origem.

Além disso, as empresas estatais tiveram 24 meses para se adequar às disposições da nova legislação, entre as quais a confecção de um regulamento interno sobre licitações e contratos.

2 Da atuação do Estado na economia

Como afirma Bilac Pinto, no Brasil a atuação do Estado no domínio econômico não se operou mediante planejamento prévio, “foi se operando em diversas situações de oportunidade e necessidade prática no curso das vicissitudes de uma longa história” (1991, p. 257).

O regime jurídico das estatais encontra-se em um campo entre o direito público e o privado e tem como influência o cenário econômico:

O Poder Público, invejando a eficiência das sociedades comerciais, tomou de empréstimo os figurinos do direito privado e passou a adotar-lhe os processos de ação, constituindo pessoas modeladas à semelhança delas para prestação dos mais variados serviços. Quer para a prestação de serviços públicos propriamente ditos, quer para o desempenho de atividades de exploração econômica em setores onde se fazia necessária sua atuação supletiva ou, até mesmo, monopolística, o Estado acolheu o sistema próprio do direito privado. A isto foi impelido tanto pelo objetivo de ganhar mais eficiência quanto, em certos casos, pela natureza peculiar da atividade que, por assim dizer, não se compatibilizaria com outro meio de ação. (BANDEIRA DE MELLO, 1979, p. 77).

Na mesma linha, PIETRO:

A distinção ganha relevo em matéria de interpretação das leis. Quando se trata de atividade econômica exercida pelo Estado com fundamento no art. 173, que determina a sujeição ao direito privado, este é que se aplicará, no silêncio da norma publicística; por outras palavras, presume-se a aplicação do regime de direito privado, só derogado por norma expressa, de interpretação estrita. Quando, porém, o Estado fizer a gestão privada do serviço público, ainda que de natureza comercial ou industrial, aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo. (2012, p. 516-517)

A partir do momento em que no Brasil se passou a intensificar as privatizações, houve a necessidade de “uma maior carga de contratualização de serviços públicos por parte da Administração, que passou cada vez mais ao modelo de delegação” (NOHARA, 2018a). Passou-se a estimular a concorrência no âmbito da prestação de serviços públicos, caminhando-se da Lei n.º 8.666/1993, de aspecto publicista, passando pelas parcerias público-privadas (Lei n.º 11.079/2004) e chegando à Lei das Estatais, com ênfase no Direito Privado.

Assim, se a empresa estatal compete com o particular na prestação do mesmo serviço público, deve fazê-lo na maior condição de igualdade possível: não pode ter prerrogativas que a privilegiem frente ao particular, nem ser sujeita a restrições que a prejudiquem:

Há uma reserva constitucional de direito privado, como afirma Paulo Otero, na atividade empresarial do Estado no desempenho de atividades econômicas em sentido estrito. Entretanto, a dicotomia serviço público e atividade econômica não é mais suficiente para abranger a atuação das estatais, pois há atividades que não se enquadram nos aludidos conceitos estritos, e também a situação de desempenho cumulativo das duas atividades (MOTTA, 2016, p. 2).

Portanto, a Lei n.º 13.303/2016 inovou ao submeter às suas regras as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, ainda que a atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio da União. Além disso, houve ampliação do campo de incidência previsto no art. 173, §1º CF/88 para as empresas estatais que exploram diretamente atividade econômica (MOTTA, 2016, p. 2).

Quanto a princípios, o art. 31 menciona, por exemplo, os da impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, sustentabilidade, já previstos na Lei n.º 8.666/1993, mas não aduz ao Princípio da Legalidade, talvez por serem as estatais pessoas jurídicas de direito privado e os contratos serem regidos por regras em que prevalecem o Princípio da Licitude e a autonomia da vontade.

Procura-se a maior eficiência para a estatal, seja pelos custos de manutenção, impactos ambientais, descarte de bens e resíduos e depreciação econômica. Sobre impactos ambientais, explicita a necessidade de disposições acerca de resíduos sólidos gerados; mitigação de danos, inclusive por compensações ambientais; utilização de produtos que reduzam o consumo de energia e re-

cursos naturais; e também avaliação dos impactos de vizinhança; proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial; e acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida (art. 32, LE).

Destacam-se as inovações relativas ao regime jurídico licitatório e contratual das estatais.

3 Da norma geral de licitação para a Lei das Estatais

A redação original da Constituição Federal de 1988 não fazia ressalva quanto a regras diferenciadas de licitações e contratos administrativos para empresas públicas e sociedades de economia mista.

Segundo Justen Filho (2016, p. 284), “toda a atividade contratual da Administração Pública, inclusive da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, subordinava-se à regra do art. 37, XXI, da CF/1988”. Por isso mesmo, a Lei n.º 8.666/1993, no art. 1º, parágrafo único, dispôs que as empresas públicas e sociedades de economia mista subordinavam-se às suas normas.

Mesmo antes do advento da Lei das Estatais, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) já havia se consolidado no sentido de que as empresas estatais não se submetiam necessariamente às regras de licitação no exercício de suas atividades-fim:

A discussão surgiu até mesmo antes da EC 19/1998, tendo em vista o manual de contratações adotado pela Petrobras na época. No Acórdão n.º 121/1998, o Plenário do TCU afirmou a desnecessidade de realização de licitação para as atividades-fim das empresas estatais que exploram atividade econômica. O caso foi decidido ainda à luz da redação original do art. 173. Reputou-se que a agilidade nessas contratações seria necessária nos casos relativos a ‘procedimentos usuais de mercado em que atua e indispensáveis ao desenvolvimento de sua atividade normal’- (PEREIRA, 2016, p. 334).

A Lei n.º 13.303/2016 consolidou esse entendimento no art. 28, § 3º, inciso I, ao dispensar as empresas estatais de licitar quando se tratar de “comercialização, prestação ou execução, de forma direta, pelas empresas mencionadas no *caput*, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionados com seus respectivos objetos sociais” (BRASIL, 2016).

No exercício das atividades-fim, as contratações se realizam quase que exclusivamente no campo do Direito Privado, com

pouquíssima influência de normas de Direito Público. Contudo, quando as contratações se concretizam no exercício das chamadas atividades-meio das empresas públicas e sociedades de economia mista, prevalecem as normas de Direito Público.

Conforme ZYMLER (2017, p. 1), a Lei n.º 8.666/1993 revelou-se importante instrumento para a fixação da cultura geral acerca da necessidade de realização de licitações e de cumprimento ao princípio constitucional da impessoalidade. Mas essa mesma lei foi sendo considerada burocrática, havendo queixas sobre dificuldades nos procedimentos.

Assim, a mudança da realidade mercadológica, as necessidades da gestão e inovações de tecnologias levaram à edição de diversas normas infralegais visando a complementar/atualizar a Lei n.º 8.666/1993: Decretos n.º 2271/1997 (contratação de serviços continuados), n.º 7.174/2010 (bens e serviços de informática), n.º 7983/2013 (sistema de registro de preços) e n.º 7983/2013 (orçamento de obras e serviços de engenharia) (ZYMLER, 2017, p. 16).

Com a emenda 19/1998, a qual tratou da reforma administrativa, foram introduzidas novas regras em relação às contratações, modificando em especial os artigos 22, XXVII e 173, § 1º da Constituição Federal, estabelecendo bases para a edição de um estatuto jurídico aplicável às empresas estatais e outro à Administração Direta, autárquica e fundacional, além de uma revisão do regime de atuação das empresas estatais. “A Lei n.º 13.303/2016 foi influenciada pela jurisprudência do TCU. O grande desafio reside em interpretar e aplicar os dispositivos segundo uma principiologia autônoma” (JUSTEN FILHO, 2016, p. 288).

A Lei n.º 8.666/1993 era considerada norma geral. Entretanto, a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004) já delimitara de forma expressa tais normais. A Lei das Estatais excluiu o regime tradicional de licitações direcionado para a Administração Pública em geral, baseado na Lei n.º 8.666/1993, na Lei n.º 10.520/2002 (modalidade pregão) e na Lei n.º 12.462/2012 (Regime Diferenciado de Contratações - RDC).

Por força do art. 41, foram mantidas as disposições de Direito Penal previstas nos artigos 89 a 99 da Lei n.º 8.666/1993. A lei também revogou o art. 67 da Lei n.º 9.478/1997 e o Decreto 2.745/1998, que instituíam regimes próprios de licitações e contratos, já tendo o Tribunal de Contas da União considerado inconstitucionais tais normativos.

Ressaltem-se as sanções previstas na Lei n.º 12.846/2013, em que há “uma mudança de perspectiva no combate à corrupção, porque acresce ao Direito Penal o Direito Administrativo Sancio-

nador, indo ao encalço da pessoa jurídica, permitindo punições administrativas e civis a uma empresa considerada corruptora, obrigando-a, na prática, a indenizar os cofres públicos, além de autorizar, em casos extremos, a sua extinção por ordem judicial" (BITTENCOURT, 2017, p. 359).

4 Do pregão e do RDC

Quanto às modalidades de licitação, a Lei n.º 13.303/2016 (art. 32) indica preferencialmente a adoção do Pregão para a aquisição de bens e serviços comuns, e nas demais o Regime Diferenciado de Contratação, não mais se utilizando das modalidades constantes no art. 22, Lei n.º 8.666/1993.

A Lei n.º 10520/2002, a qual instituiu o pregão, foi um importante avanço no sentido de modernizar os procedimentos de contratação, com as vantagens de redução do prazo de divulgação, inversão de fases de habilitação e julgamento, possibilidade de formulação de lances, etc., mas restou limitado à aquisição de bens comuns. Conforme Justen Filho:

Num pregão, o licitante vai alterando a consistência de sua proposta à medida que reduz o preço. A redução da oferta é refletida na diminuição do custo do particular. Então, o objeto ofertado pelo licitante ao final do pregão não é o mesmo que ele cogitara ao apresentar a proposta. Portanto, a Administração convive com prestações destituídas da qualidade necessária porque o preço obtido é inferior ao necessário a assegurar uma prestação adequada. Esse é o motivo da restrição do uso do pregão para objetos comuns. A sistemática do pregão é adequada para contratação em que o padrão de qualidade do objeto licitado é padronizado, insuscetível de variação, em virtude das circunstâncias do próprio mercado. Em tais hipóteses, não se verificam os riscos da seleção adversa (2018, p. 6).

O RDC – Regime Diferenciado de Contratação (Lei n.º 12.462/11) priorizou o caráter finalístico do procedimento, com ênfase nos resultados (ZYMLER, 2017, p. 2), tendo foco na busca da proposta mais vantajosa. O gestor deve fazer análises técnicas, de razoabilidade e motivação, para contratações que melhor atendam ao interesse público, com maior transparência (voto condutor do Acórdão n.º 306/2013 – Plenário).

Foi um modelo bastante utilizado nas obras para a Copa do Mundo de 2014 e Olimpíada de 2016, visando a dar celeridade às contratações. Suas principais características são: inversão das

fases (primeiro julgamento e depois habilitação), etapa de lances (com modos de disputa aberto e fechado), orçamento sigiloso e contratação integrada. De acordo com Joel Nieburh, já houvera também a tentativa de adoção do regime para outras licitações:

As três primeiras características já constavam da modalidade do pregão. E todas as cinco estão presentes na Lei n.º 13.303/2016, ainda que com algum temperamento, além de outras características do RDC (...), podendo-se afirmar que as “licitações da Lei n.º 13.303/2016 são as licitações do Regime Diferenciado de Contratações – RDC com alguns avanços. (...)”. O RDC foi inserido na Medida Provisória n.º 678/2015, cujo teor tratava da adoção do regime no âmbito da segurança pública e em estabelecimentos penais, dispositivo prevendo sua adoção para obras e serviços de engenharia relacionados à mobilidade urbana ou à ampliação de infraestrutura logística. A Medida Provisória foi convertida na Lei n.º 13.190/2015. Todavia o Supremo Tribunal Federal suspendeu o dispositivo da Lei sob fundamento de que se tratava de matéria estranha aos termos da MP (2016, p. 4).

Há autorização legal para o lançamento de licitações sem projeto básico em uma das espécies de empreitada, chamada contratação integrada, utilizada para objetos inovadores, com tecnologia de domínio restrito ou com possibilidade de execução por meio de diferentes metodologias, o que necessita de um acompanhamento específico dos órgãos de controle, a fim de não desvirtuar a sua finalidade, com a necessária transparência, sendo objeto de críticas pela doutrina:

Na contratação integrada o vencedor da licitação realizada apenas com anteprojeto, fica encarregado dos projetos e da execução da obra ou do serviço. O mote da contratação integrada é o insucesso recorrente da Administração Pública com os projetos, que geram aditivos em excesso na fase de execução do contrato. (...) A vantagem é que, se aparecem erros de projeto durante a fase de execução do contrato, o contratado não faz jus a aditivos. É que o erro, nessa situação, foi causado pelo próprio contratado, porque o projeto é dele. (...). Diante disso, o Tribunal de Contas da União impôs restrições ao uso da contratação integrada, exigindo justificativas técnica e econômica rigorosas (NIEBURH, 2016, p. 5).

A LE inovou instituindo, também, a contratação semi-integrada para obras de engenharia. Semi-integrada porque o pro-

jeto básico existe, mas pode ser alterado, desde que seja demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento de qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.

5 A contratação semi-integrada

O texto legal prevê a possibilidade de contratação semi-integrada, meio termo entre a contratação integrada do RDC (em que a contratada é responsável pelos projetos básico e executivo e pela obra), e a tradicional da Lei n.º 8.666/93 (quando os projetos já fazem parte do edital de licitação).

Nessa nova modalidade, a estatal elabora o projeto básico antes da licitação, ficando a cargo da contratada a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo.

Na contratação integrada, o vencedor da licitação, realizada apenas com anteprojeto, fica encarregado dos projetos e da execução da obra ou do serviço. Para Marçal, a licitação sem projeto é, para falar o mínimo, estranha, porque os licitantes apresentam as suas propostas sem terem uma base de informações comuns suficientes, o que pode comprometer a isonomia e a objetividade no julgamento das propostas (JUSTEN FILHO, 2016, p. 4).

Segundo Joel Nieburh, a Administração já tentou lançar licitação sob o regime de contratação integrada mesmo dispondo de projeto, no caso de projeto executivo. No entanto, o Tribunal de Contas da União decidiu que se a Administração dispõe do projeto executivo, não cabe a contratação integrada (TCU, Acórdão n. 2209/2011, Plenário) [2017, p. 5].

Destarte, a contratação semi-integrada deve ser a regra nas contratações de obras e serviços de engenharia, só não sendo utilizada com as devidas justificativas (art. 42, §4º). Mas não se permite aos licitantes oferecer propostas que alterem o projeto básico. As estatais terão competência para definir, no edital de licitação, uma única metodologia e tecnologia para a execução de suas obras e serviços de engenharia, hipótese que serve de justificativa para o afastamento da contratação semi-integrada.

As empresas públicas e sociedades de economia mista deverão estabelecer os critérios para a avaliação nos editais, que deverão ser objetivos. O licitante pode propor tecnologia considerada melhor, porém pode ser mais cara. A contratação semi-integrada pode até ser positiva, contudo pode não ser compatível com a realidade das estatais brasileiras, ampliando o espaço da discricionariedade (TORRES, 2017, p. 3).

Sobre aditivos, o art. 42, § dispõe que os problemas decorrentes da execução do contrato devem ser incluídos na matriz de risco como responsabilidade da contratante. Entretanto, quando o problema não for decorrente do projeto básico elaborado pela estatal, e sim de falhas resultantes da solução proposta pelo contratado considerando-se o projeto básico, a responsabilidade seria do contratado, a não ser caso demonstre “que a nova solução proposta por ele não afeta a parte do projeto básico que durante o contrato revelou-se defeituosa” (NIEBURH, 2016, p. 5).

6 Da dispensa e da inexigibilidade

Quanto à dispensa e inexigibilidade de licitação, foi o regime de direito privado que levou o Poder Público a criar essas exceções, visto que pode ensejar concorrência desleal e impactar a atividade da empresa estatal. No entanto, o fato de as empresas estatais sujeitarem-se ao regime próprio das empresas privadas não significa que possam existir afastadas do interesse público:

A melhor forma de atender ao interesse público, assim, era conceder liberdade de atuação de uma empresa privada, mas um meio específico de atuação para satisfação das finalidades estatais: flexibilidade, agilidade, competitividade e eficiência não são para tais empresas apenas qualidades desejáveis, mas requisitos vitais para que possam cumprir o seu papel, que se ligam de forma direta à razão de existência dessas entidades e ao interesse público que devem realizar. (COSTA, BAUMANN e SANTOS, 2018)

A LE trouxe novos requisitos para o afastamento da licitação, em que resta afastada a obrigatoriedade do procedimento para a celebração de contratos relacionados à atividade finalística das empresas estatais, entre os quais a escolha de parceria estratégica mediante identificação de oportunidade de negócio (art. 28, § 3º, II).

São consideradas oportunidades de negócio a formação e extinção de parcerias e outras formas associativas, societárias e contratuais, a aquisição e a alienação de participação em sociedades e operações realizadas no âmbito do mercado de capitais, respeitada a regulação pelo respectivo órgão competente (Lei n.º 13.303, art. 28, §4º). Sobre o tema, JUSTEN FILHO afirma:

A seleção de parceiros em relação de cooperação – a segunda hipótese de inaplicabilidade da licitação se refere aos casos de seleção de parceiro para empreendimentos associativos, nas hipóteses em que atributos pessoais apresentem relevância. (...) A associação de recursos e de capacitações: a obtenção de um resultado de sucesso, nas hipóteses de parcerias com terceiros, depende, nesses casos, da escolha de parceiro adequado. Isso envolve não apenas a titularidade de recursos econômicos, mas também a presença de outros requisitos, inclusive a expertise e o domínio das técnicas pertinentes ao objeto a ser executado em conjunto. Em muitos casos, o sucesso da associação pressupõe níveis comuns de experiência, práticas empresariais similares, situações de mercado específicas. (...). As parcerias: o dispositivo alude à formação e à extinção de parcerias e outras formas associativas. A expressão “parceria” deve ser interpretada de modo amplo, para abarcar as soluções organizacionais de atuação conjugada, de cunho cooperativo, ainda que versando sobre objeto delimitado e com duração temporária (2016, p. 4)

Assim, a escolha de parceria estaria vinculada a uma oportunidade única de negócios, cabendo ao gestor, em sua discricionariedade, motivar as razões da escolha e a oportunidade de negócio envolvida.

São expostas as hipóteses específicas de licitação dispensada (art. 28, §3º), dispensável (art. 29) e inexigível (art. 30) e os princípios a serem observados (art. 31).

Como hipótese de licitação dispensável, ficam estabelecidos limites de R\$ 100 mil para obras e serviços de engenharia e de R\$ 50 mil para as demais compras e serviços. A lei ainda permite que esses limites de dispensa sejam alterados, para refletir a variação de custos, por deliberação do Conselho de Administração da empresa pública ou sociedade de economia mista, admitindo-se valores diferenciados para cada sociedade.

Segundo Marçal Justen, essa prerrogativa da entidade pública é inovador e deve ser decidido fundamentadamente, a fim de não infringir as regras licitatórias, sob o acompanhamento dos controles internos e externos e do Judiciário. Os valores parecem excessivos. Até então, para as empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme parágrafo único do artigo 24 da Lei n.º 8.666/1993, eram de R\$ 30 mil e R\$ 16 mil:

Não é adequado ampliar assim os casos de dispensa de licitação, sobretudo diante dos avanços do pregão eletrônico, por meio do qual as licitações ganharam agilidade e tornaram-se menos onerosas para a Administração Pública. Com o novo dimensionamento

das dispensas de licitação, a Lei n.º 13.303/2016 caminha na direção de maximizar a discricionariedade das estatais para escolherem seus contratados (JUSTEN, 2016, p.3).

Bittencourt dispõe que, para que se possa alterar os valores de forma legítima, a motivação deverá estar “lastreada em suficientes justificativas econômico-financeiras”, destacando que cada uma das empresas estatais pode estabelecer alterações e ajustes “para manter os valores-limite atualizados no tempo e em face do mercado específico do objeto da contratação” e de forma mais restrita, “essa atualização deverá ocorrer somente para fazer frente à perda inflacionária do período” (2017, p. 75).

É um rompimento com a tradição, cujo modelo vigente na Lei n.º 8.666/1993 possui tendência regulatória e padronizadora.

A LE também aduz sobre variação de custos, sem estabelecer regras rígidas e rigorosas. Foi fixado um valor limite máximo no momento inicial, a ser observado pelas empresas estatais. Esse valor nominal pode ser elevado, seja em virtude da inflação geral, seja em vista de circunstâncias diferenciais específicas. Mas pode haver revisão do valor, nos casos de variações imprevisíveis e específicas, de cunho extraordinário.

7 Algumas questões polêmicas nas regras de licitações

A parte de licitações e contratos talvez possa ser caracterizada como a mais polêmica da Lei das Estatais. Seguiu-se a orientação no sentido de que as estatais não precisariam licitar atividades-fim, sendo, em geral, dispensadas da observância da licitação em caso de comercialização, prestação ou execução, de forma direta, de produtos, serviços ou obras especificamente relacionadas com sua atividade.

Nos termos do art. 51, promove importante mudança visando a dar celeridade ao certame. Inverte as fases de habilitação e julgamento. Do mesmo jeito que o candidato a concurso público não está obrigado a demonstrar os requisitos para a posse no cargo público (Súmula 266, STJ), o licitante só demonstrará seus requisitos quando da contratação. A disputa iniciava-se com a habilitação, o que dispndia muito tempo, e a maioria dos disputantes obviamente não chegava às fases seguintes.

O artigo 58 da LE confere margem de discricionariedade para eleger os documentos de habilitação. Não há exigência de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, como na norma geral (art. 27, Lei n.º 8.666/1993). Sundfled (p. 122) defende que pode ser exigida:

Não vemos inconstitucionalidade na indicação da regularidade fiscal como condição de habilitação. Não se deve dar ao art. 37 XXI da CF interpretação literal, concluindo que, pelo fato de não haver sido mencionada, ela é insuscetível de exame. Se tal compreensão fosse legítima, seria impossível, p.ex., evitar a participação em licitação de empresa declarada inidônea em decorrência da prática de ato ilícito visando a frustrar os objetivos da licitação; ter-se-ia apenas de verificar sua capacitação técnica e econômica, jamais sua idoneidade em sentido amplo.

Seguindo, pois, entendimento de Sundfeld e de Bittencourt (2017, p. 267), o atendimento deste requisito já se encontra implícito no próprio art. 58, pois aduz a condições de contrair obrigações e à capacidade financeira da empresa.

Portanto, com fulcro no art. 195 da Constituição Federal, deverá ser exigida prova de regularidade para a seguridade social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e de regularidade trabalhista, instituída pela Lei n.º 12.440/2011. “Não há previsão na Lei das Estatais de comprovação de regularidade quanto à Fazenda, motivo pelo qual não deverá ser exigida” (BITTENCOURT, 2017, p. 287).

O artigo 56 da LE permite a correção de defeitos das propostas, e a desclassificação somente deve acontecer diante de defeitos insanáveis.

Acrescenta também os modos de disputa aberto e fechado e também a negociação com o vencedor do pregão acerca de condições mais vantajosas para o contratante (art. 57), visando a adequar a proposta aos termos do mercado para aquela contratação específica e a preferência pela oferta de lances via eletrônica. Além disso, há previsão para lances intermediários no modo de disputa aberto e, também, o reinício da disputa após a definição do melhor lance para definir as demais colocações quando existir diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o subsequente (BITTENCOURT, p. 246).

Incorpora nos seus princípios, entre outros, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, referindo-se à observância do ciclo de vida do objeto, ou seja, a sustentabilidade em todo o processo de contratação, desde o seu planejamento até a destinação adequada dos resíduos/rejeitos decorrentes da atividade.

Tem como objetivo expresso evitar o sobrepreço - quando os preços orçados na licitação forem expressivamente superiores aos valores de mercado, unitário ou global; superfaturamento, quando houver dano ao patrimônio da estatal - quantidades

superiores às efetivamente executadas ou fornecidas, deficiência na execução de obras e serviços de engenharia, alterações no orçamento que provoquem desequilíbrio econômico-financeiro a favor do contratado; e outras alterações de cláusulas financeiras que gerem custos adicionais ou reajuste irregular de preço, vedando-se também, conforme o art. 32, o fracionamento de despesa como forma de fugir à prática da licitação.

Novidade para a licitação das estatais é a autorização legal para o uso de procedimento de manifestação de interesse privado (PMI), expediente normalmente empregado em concessões ou permissões de serviços públicos, bem como em parcerias público-privadas, que permite a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, para subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos.

O art. 38 da lei estabelece inúmeros impedimentos de participação de licitação por empresa, como administrador ou sócio detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital social da licitante, seja diretor ou empregado da estatal, sócio ou administrador de empresa suspensa ou impedida; ou mesmo se tiver nos seus quadros de diretoria pessoa que participou de empresa declarada inidônea. Sobre o tema, aduz NOHARA:

Veja-se que estender a penalidade aplicada a uma empresa para outra que participe da licitação em fraude, para encobrir a empresa penalizada, é uma coisa. Outra coisa, com implicações totalmente diferentes, é estender a penalidade, sem comprovação de fraude, à empresa apenas porque tem sócio comum com outra empresa anteriormente penalizada. O dispositivo é flagrantemente inconstitucional, opõe-se ao princípio de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, entabulado no inciso XLV do artigo 5.º da Constituição Federal (2018b).

Há uma diretriz no sentido da observação da política de integridade nas transações com as partes interessadas, ou seja, os programas de *compliance*, como também a desconsideração da personalidade jurídica, proibindo-se a participação nas licitações de sócios, diretores ou administradores de empresas suspensas, impedidas ou declaradas inidôneas.

Ademais, assim como nas parcerias público-privadas se visa à repartição objetiva de riscos, na licitação da lei das estatais há, no art. 42, X, a obrigatoriedade da previsão de uma matriz de riscos, em que se estabelecem regras referentes aos ônus financeiros decorrentes de fatos supervenientes à contratação. É uma

ferramenta de gestão que estipula responsabilidades na execução do pactuado, a fim de assegurar o equilíbrio e o cumprimento do contrato. Entretanto, tal matriz não deve obstaculizar o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Se o fizer, estará violando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Prevê-se, para as aquisições de bens, a indicação de marcas, desde que com as devidas justificativas, exigindo-se certificação de qualidade, a ser fornecida pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por instituição credenciada pelo Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro). Da mesma forma, a lei busca a padronização do objeto da contratação, como diretriz da norma.

Os critérios de julgamento são: menor preço, maior desconto, melhor combinação de técnica e preço, melhor técnica, melhor conteúdo artístico, maior oferta de preço, maior retorno econômico e melhor destinação de bens alienados (art. 54).

A norma amplia os critérios da Lei n.º 8.666/1993, incluindo fatores como melhor conteúdo artístico, maior retorno econômico e melhor destinação de bens alienados, o que pode trazer mais vantagens para a atividade das estatais. O melhor conteúdo artístico é baseado em critérios objetivos definidos no instrumento convocatório, e o maior retorno econômico refere-se à eficiência na prestação do serviço para os fins de proporcionar economia à estatal, “na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada” (BITTENCOURT, 2017, p. 253).

No caso de empate, a Lei n.º 8.666/1993 previa a preferência a bens e produtos produzidos no Brasil ou por empresas brasileiras, e sorteio (art. 45, §2º). A Lei das Estatais indica como critérios de desempate entre duas propostas, respectivamente, a apresentação de nova proposta fechada; avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes - se houver sistema de avaliação instituído; empresas nacionais ou produtos produzidos no Brasil; e para bens e serviços de informática e automação, os produtos com tecnologia desenvolvida no país; e, finalmente, sorteio (art. 55).

8 Dos contratos

Na Lei das Estatais, os contratos regulam-se pela norma e pelos preceitos de direito privado. Saliente-se que os contratos da Lei n.º 8.666/1993 regulam-se pelos preceitos de direito público, apenas supletivamente aplicando-se as disposições de di-

reito privado, com admissão de algumas cláusulas exorbitantes, como a possibilidade de rescisão contratual em caso de atraso justificado (art. 82, §1º), possibilidade de aplicação de sanções (art. 82 e 83), por exemplo, quando do atraso injustificado na execução do contrato ou inexecução total ou parcial da avença, concedendo maior autonomia para as estatais.

A sua maior autonomia de atuação pode ser evidenciada pela liberdade, por exemplo, no artigo 69, de definir tipificações de infrações, casos de rescisão de contrato e mecanismos para alteração de seus termos e a distribuição dos riscos da contratação, mediante matriz de riscos; e liberdade para eleição do foro competente, não sendo prevista a obrigatoriedade de definição do foro da sede da Administração (art. 55, §2º, Lei n.º 8.666/1993).

Estipula a garantia de 5% do valor do contrato, podendo chegar a 10% no caso de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, com duração, em regra, de cinco anos, permitindo prazos mais longos, por exemplo, quando seja prática rotineira no mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere a realização do negócio.

Há o sistema de pré-qualificação, mecanismo que antecede a licitação, prevista no art. 64 da Lei n.º 13.303/2016, podendo ser utilizada no sentido de identificar fornecedores com condições de habilitação exigidas, relativos a obras, serviços e fornecimento de bens com prazos, locais e condições previamente estabelecidos. E o registro de preços, pelo qual se convocam fornecedores interessados que, selecionados mediante licitação, dentro das necessidades, conveniência e natureza do objeto, fornecem bens pelo preço classificado durante o prazo de validade do registro, geralmente utilizado para compras de material (art. 15), com celeridade, sob risco de prejudicar as atividades da estatal.

Permitem-se contratos verbais, no caso de pequenas despesas de pronta entrega, mas com registro contábil e recibo, para fins de controle e transparência. Admite-se também contratação simultânea de mais de uma empresa para a execução do serviço de mesma natureza, quando possa ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado, mantido um controle individualizado da execução do objeto contratual relativo a cada um dos contratados.

Não foi estabelecida sanção para a recusa do licitante em assinar o contrato, podendo convocar os remanescentes ou revogar a licitação, não havendo prazo para a assinatura, como na Lei n.º 8.666/1993, que era de 60 dias. Porém, conforme Bittencourt:

O adjudicatário faltoso não apenas decai do direito de contratar, pois também são cabíveis e necessárias penalizações por esse ato, ainda que a LE tenha silenciado a respeito. (...). É uma responsabilidade pré-contratual, passível de sanção por descumprimento. (2017, p. 333).

A subcontratação pode ser realizada até o limite admitido no edital e desde que o subcontratado tenha a mesma qualificação técnica do contratado e não tenha participado do certame direta ou indiretamente.

Nos contratos de eficiência, o critério de julgamento é o maior retorno proporcionado à Administração, estabelecendo-se sanções pelo não atingimento do resultado previsto.

No art. 45, a LE prevê a possibilidade de ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega, o que já constava expressa na Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/2004).

Em contratos de projetos ou serviços técnicos especializados, os direitos patrimoniais e autorais passam a ser de propriedade da empresa estatal contratante, sem prejuízo da preservação da identificação dos autores e de sua responsabilidade técnica.

Flexibiliza o procedimento licitatório, aproximando-o das práticas de contratações adotadas no âmbito da iniciativa privada. Nesse sentido, abrandou o rigor das regras de licitação contidas na Lei n.º 8.666/1993. Justen Filho (2016) defende essa disciplina mais flexível nos seguintes termos:

A disciplina das licitações e contratações das empresas estatais exploradoras de atividade econômica deve ser compatível com as práticas de mercado. Mesmo aquelas relações jurídicas não relacionadas diretamente com a atividade central da empresa, que configura o seu objeto social, deve ser subordinada a regime jurídico menos formalista. Assim, suponha-se o exemplo de contratações relacionadas com o desenvolvimento de novos produtos, com programas de comunicação social e com a obtenção de insumos para produtos e serviços, as quais devem ser compatíveis com as práticas adotadas de modo genérico pelas demais empresas que atuam no mesmo setor. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 287).

O art. 71 da LE permite a celebração de contratos por prazo superior a cinco anos, nos casos de projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa ou em que a

pactuação por prazo superior seja prática rotineira de mercado, e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio e por prazo indeterminado, quando ajustados com concessionárias de serviços públicos, desde que prestados por um único fornecedor.

Ressalte-se, ainda, o art. 72, o qual estipula que “os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes” (BRASIL, 2016). É mais uma inovação e difere do disposto no art. 65, inc. I, da Lei n.º 8.666/1993, que prevê a hipótese de alteração unilateral do contrato pela Administração Pública contratante. Assim, estabelece-se uma relação de horizontalidade entre a empresa estatal e o particular, retirando daquela uma prerrogativa conferida pela lei geral à Administração Pública (PEREIRA, 2016, p. 3).

Em sentido oposto, porém, muitas vezes a LE pende para um regime mais publicista e menos privatista. É o caso, por exemplo, da adoção de regime mais benéfico conferido às micro e pequenas empresas, estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 (BRASIL, 2006), alterada pela Lei Complementar 147/2014 (BRASIL, 2014), estendido ao microempreendedor individual, produtor rural pessoa física, agricultor familiar e sociedades cooperativas, conforme art. 28, § 1º, da Lei n.º 13.303/2016. A preferência estabelecida pela LC 123/2006 às estatais é alvo de críticas feitas por Justen Filho (2016,), que, após admitir a utilização do instituto como decorrente de um juízo político para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, diz que não é adequado aplicá-lo às estatais, pois:

Compromete a exigência de eficiência, eis que a empresa estatal é constrangida a pagar valores superiores aos que poderia obter no mercado pelos mesmos produtos e serviços. Isso se traduzirá em redução de sua capacidade competitiva. Assim se passará porque os seus competidores não se subordinarão a idêntico regime e poderão contratar bens e serviços pelo menor preço possível. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 296).

No entanto, o incentivo às micro e pequenas empresas é relevante, tendo em vista a sua importância no âmbito econômico, como geradoras de empregos e renda.

A lei se aproximou do sistema de Direito Público ao atribuir responsabilidade objetiva ao contratado pelos danos que causar a terceiros ou à empresa contratante na execução do contrato, conforme prescreve o art. 76. É de ressaltar que a Lei n.º 8.666/1993, de caráter eminentemente público e que impõe nítida re-

lação de verticalidade entre a Administração Pública e o particular, estabelece, no art. 70, “relação mais paritária quanto à responsabilidade do contratado, que somente responderá pelos danos que causar se agir com culpa ou dolo” (PEREIRA, 2016, p. 6).

Ora, se o art. 68 da LE determina que os contratos celebrados pelas empresas estatais se regulam pelos preceitos de Direito Privado, cuja regra é a da responsabilidade subjetiva, e não se tratando de relação de consumo, o único fundamento que se vislumbra para a responsabilidade objetiva do particular pelos danos que causar durante a execução do contrato é a prevalência do interesse público, representado pela empresa estatal, sobre o privado, representado pelo contratado. Nesse caso específico, a Lei n.º 13.303/2016 afasta-se do regime próprio de Direito Privado e se aproxima do Direito Público, situando-se excepcionalmente em posição de verticalidade em relação ao particular que com ela contrata.

Outro dispositivo legal de natureza eminentemente pública é o art. 77, § 1º, que repete o art. 71 da Lei n.º 8.666/1993, no sentido de que a empresa pública e as sociedades de economia mista não respondem pela inadimplência do contratado quanto aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais por ele assumidos.

9 A aplicação das sanções administrativas e recurso

Com o advento da Lei das Estatais, discute-se acerca do direito a recurso na esfera administrativa, vez que as demais disposições processuais, com a exceção às inovações pontuais (v.g., o prazo para defesa prévia), permanecem no geral inalteradas.

A Lei Geral de Licitações (8.666/1993) rege, em seu Capítulo IV, as sanções administrativas, compreendidas entre os artigos 86 e 88. Nesses dispositivos, constam quatro tipos, quais sejam: a) advertência; b) multa; c) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; d) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Na mesma linha, a Lei n.º 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação denominada pregão, prescreve em seu art. 7º a sanção administrativa de impedimento de licitar e contratar por um período de até cinco anos. Tal penalidade é aplicável, entre outras situações, aos casos em que a contratada retarda a execução de seu objeto.

A Lei n.º 13.303/2016 estabelece a prerrogativa das empresas estatais de punir os contratados com advertência, multa e sus-

pensão temporária do direito de licitar e de contratar com a entidade sancionadora, sanções essas previstas no art. 83, podendo ser aplicadas cumulativamente. Mas não prevê a declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública prevista na Lei n.º 8.666/1993.

O direito de punir da Administração decorre exatamente da condição de prevalência do interesse público em relação ao privado. Conforme ensina Pereira:

A possibilidade de imposição de penalidades contratuais pela Administração Pública é uma característica típica dos contratos administrativos (cf. art. 58, IV, da Lei n.º 8.666/1993). O contratante público vale-se de suas competências próprias para apurar infrações e aplicar as sanções cabíveis. (PEREIRA, 2016, p. 529).

Como já asseverado, a Lei das Estatais não prevê a possibilidade de reavaliação, pela própria Administração, a partir da interposição de recurso administrativo pela contratada, como na Lei n.º 8.666/93, em que eram previstos a representação e o pedido de reconsideração (art. 109, I, II e III). Esse recurso único (art. 59, Lei n.º 13.303/16) se consubstancia em um dos pontos mais polêmicos em matéria de sanção administrativa na nova legislação.

Comenta Bittencourt (2017, p. 288) que, com a mesma sistemática da Lei do Pregão, a fase recursal se caracteriza pela unicidade, “a não ser quando houver inversão de fases, quando poderá ser interposto após a fase de habilitação e a de julgamento” (2017, p. 288). Assim, a unicidade se caracteriza pela oportunidade de recurso em relação ao julgamento de todas as questões, sem suspender o procedimento entre as fases:

Os recursos deverão ser apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação (ou seja, da intimação da decisão ou da lavratura da ata) e contemplação, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência das fases de julgamento e de verificação de efetividade dos lances ou propostas. (2017, p. 290).

A possibilidade de recurso tem respaldo nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, quando asseguram o direito de petição e ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa, e também na Lei n.º 9.784/1999, a qual regula o processo administrativo e prevê tramitação de recursos no máximo por

três instâncias (art. 56, §3º). Entretanto, pode-se arguir que a LE é específica e mais recente, prevalecendo, então, sobre a lei do processo administrativo.

10 O sigilo do orçamento

O orçamento, em regra, deve ser sigiloso, podendo ser divulgado mediante justificativa ou quando o julgamento for por maior desconto (art. 34). É mais uma inovação referente à Lei n.º 8.666/1993, que assegura a sua divulgação no edital. Visa a garantir a competitividade e a isonomia entre os licitantes. Discute-se se esse sigilo não seria prejudicial para as negociações com os disputantes, porém manter o sigilo do orçamento pode significar resguardar valores dentro do planejamento de despesas da entidade.

A publicidade do orçamento pode resultar em que os licitantes formulem suas propostas tendo como referência o valor disponível para aquela contratação, acarretando prejuízo à Administração Pública.

A Lei n.º 12.462/11, que regula o RDC, e a Lei n.º 13.303/16 preveem o sigilo do orçamento estimado do contrato. Para Marçal Justen Filho, havendo competição satisfatória, é irrelevante o conhecimento do valor do orçamento:

Quem conhecer o valor do orçamento adquire uma vantagem indevida na competição. Há um segundo problema, que envolve hipóteses em que o orçamento apresenta defeitos, que o tornam inexecutável. A ausência de divulgação torna impossível a revelação dos defeitos. Enfim, existe uma outra questão, que é surreal: se a melhor oferta for superior ao valor do orçamento, inicia-se uma negociação para redução do seu valor sem divulgação do referido valor. (2018, p. 7)

Pela Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/11), qualquer interessado pode ter acesso aos termos do contrato e cópia autenticada do inteiro teor ou partes, ressarcindo os custos, salvo exceções, como as informações imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado ou em face do interesse público, classificadas como reservadas, secretas e ultrassecretas (art. 24).

A Lei das Estatais, em seu artigo 86, §4º, garante o sigilo de informações revestidas de sigilo bancário, estratégico, comercial e industrial. Como ressalta Bittencourt (2017, p. 376), as estatais deverão atribuir o grau de confidencialidade dos documentos e informações sigilosos ao fornecer documentos aos órgãos de controle, os quais se tornarão corresponsáveis pela manutenção sigilosa.

Portanto, a discussão, por exemplo, sobre a possibilidade ou não de sigilo do orçamento prevista na LE não teria fundamento legal, eis que a restrição é plenamente garantida tanto pela Lei das Estatais como pela Lei n.º 12. 527/11, haja vista o interesse da Administração Pública.

Entretanto, há garantia constitucional da publicidade. E, de outro lado, as estatais são pessoas jurídicas de direito privado, portanto, atuam sob as regras de mercado. Contudo, o Tribunal de Contas da União, em julgamento recente, decidiu pela publicidade dos orçamentos:

Licitação. Empresa estatal. Edital de licitação. Orçamento estimativo. Divulgação. Princípio da publicidade. Nas licitações realizadas pelas empresas estatais, sempre que o orçamento de referência for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas, sua divulgação no edital é obrigatória, e não facultativa, em observância ao princípio constitucional da publicidade e, ainda, por não haver no art. 34 da Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais) proibição absoluta à revelação do orçamento. (Acórdão 1.502/2018).

Acerca do momento de ser tornado público o orçamento, há casos em que deverá ser divulgado já no edital, da mesma forma que não pode ser alterado durante o certame, a não ser quando houver falha, passível de ser retificado. Assim, evita-se revogar a licitação, por economicidade, salientando que deverá ser disponibilizado a qualquer momento aos órgãos de controle interno e externo, como se dispõe:

Será facultado à estatal conferir publicidade ao valor estimado mediante justificativa (sendo essa a exceção). No caso da licitação adotar o critério de julgamento maior desconto, o orçamento deverá vir expresso no edital. Caso seja adotado melhor técnico, o valor do prêmio ou remuneração deverá ser incluído expressamente no instrumento convocatório. A Lei das Estatais não possui previsão de quando o orçamento deve se tornar público, como por exemplo ocorre na legislação do RDC, prevendo que o orçamento é divulgado no encerramento d licitação. Observe que, mesmo o orçamento sendo sigiloso, é obrigatório que ele tenha sido confeccionado e finalizado na etapa interna da licitação, antes da divulgação do instrumento convocatório. (...) assim, uma vez definido o orçamento, não pode ser alterado na fase externa sob a alegação de que é sigiloso. Contudo, sendo encontrado defeito no orçamento na fase da licitação (externa), o Professor Cesar A. Guimarães Pereira en-

tende que o defeito poderia ser convalidado pela correção do orçamento na fase externa mesmo, por ser solução mais econômica e eficiente do que efetuar novo certame pela revogação do primeiro. (VIANNA CONSULTORES, 2018, p. 1).

Além disso, é importante que o edital defina quando cessará o sigilo, para que os licitantes tenham acesso a fim de, se necessário, apresentar recurso administrativo. Sobre o tema, vale transcrever Rossetti (2018, p. 2):

Uma análise sistêmica sobre o disposto no caput do art. 31, no caput do art. 34, do inciso IV e do parágrafo 4º do artigo 56, além do parágrafo 1º e 3º do artigo 57, todos da Lei Federal 13.303/2016, torna possível identificar uma opção pelo legislador pelo orçamento sigiloso como regra (...). Mas conjugar a sistemática legal – que equipara o valor estimado ao máximo que se pretende contratar – à orientação do TCU, levaria à grave consequência de que em todas as licitações da estatal, seria necessário divulgar o orçamento no ato convocatório. Ainda que a estatal adotasse o orçamento como um critério ‘estimativo’, invariavelmente compreenderia subsídio para avaliar a ‘aceitabilidade das propostas’ na licitação, o que redundaria no mesmo reflexo. Do contrário, o julgamento seria subjetivo, o que não se admite. Por essa razão, tendo em vista a teleologia do regime jurídico presente na Lei n.º 13.303/2016 – que institui o sigilo do orçamento como regra geral -, tem-se orientado às estatais preverem nos atos convocatórios que o orçamento será divulgado quando do julgamento das propostas.

A questão, portanto, é que, embora sigiloso o orçamento, cabe à estatal divulgar o orçamento pelo menos quando do julgamento das propostas, a fim de tornar transparente o processo e dar oportunidade de recurso. Dessa forma, atende-se às exigências do mercado, da competitividade e aos princípios da publicidade, transparência e isonomia.

11 Outros aspectos e o projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional

No tocante à disposição das cláusulas necessárias, percebe-se uma ampliação naquelas que deverão tipificar infrações, casos de rescisão e mecanismos para alteração. Toda matéria normativa relacionada com casos de alteração contratual fica agora condicionada à dinâmica do regime de consensualidade.

Conforme JUSTEN, o sistema de licitações e contratações públicas vigente no Brasil, previsto nos diversos diplomas, é basicamente ineficiente e tem se mostrado inadequado ao longo de décadas. Para o autor, o Estado brasileiro é extremamente intervencionista e assistencialista, o que acarreta uma enorme quantidade de contratações públicas – todas precedidas, em princípio, de licitação:

O primeiro aspecto a ser reformado no direito brasileiro é definição clara e precisa da natureza instrumental da licitação: a licitação é um meio para atingir certos resultados. O segundo aspecto essencial é a definição mais precisa dos fins a serem atingidos. O terceiro é assegurar a mais ampla participação possível dos interessados. E o quarto é reduzir a assimetria de conhecimento, que conduz a Administração a contratar aquilo que não necessita ou comprar extremamente mal, mesmo quando paga pouco. Em todos os países do mundo, existem mecanismos de adaptação contínua nos processos licitatórios, visando realizar esses objetivos. Esses mecanismos se traduzem na redução do autoritarismo dos procedimentos e na utilização mais intensa possível dos mecanismos de mercado para benefício dos interesses a serem satisfeitos pela Administração Pública (2018, p. 3).

Ressalte-se que se as normas da Lei n.º 13.303/2016 são consideradas melhores, mais flexíveis e não contrariam o regime jurídico administrativo, pode-se estendê-las à Administração Pública em geral, substituindo a Lei n.º 8.666/1993 (NIEBURH, 2016, p. 1).

O Decreto 8945/2016, que regulamenta a lei no âmbito federal, remete, em seu art. 71, parte das regras aos regulamentos internos a serem elaborados pelas estatais, especialmente quanto aos procedimentos auxiliares das licitações (Lei n.º 13.303/16, art. 63 a 67); procedimento de manifestação de interesse privado (art. 31, §4º), lances eletrônicos (art. 32, §4º), matriz de riscos (art. 42, X), a política de integridade nas transações com partes interessadas (art. 32, V) e disponibilização na internet.

Cabe, pois, a cada estatal, seguindo os ditames da legislação, dentro da margem de discricionariedade autorizada, pormenorizar seus procedimentos e também os demais tópicos previstos na lei e no Decreto - quando for empresa pública e sociedade de economia mista federal -, dispondo-se também que as decisões sejam preferencialmente de forma colegiada (art. 71, §1º).

Marçal Justen Filho dispõe sobre algumas formas de se efetivar contratações com mais eficiência: a primeira exigência seria a padronização de entendimentos; a segunda é a estabilidade

dos entendimentos; a compreensão do contexto em que se encontra o administrador, necessidades e as limitações existentes; e a quarta exigência, a alocação de recursos materiais e humanos adequados (2018, p. 8). Além disso, faz-se necessário o controle, a transparência em busca da eficiência nas contratações, tão importantes na atuação das empresas estatais.

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n.º 6.814/2017, já aprovado no Senado Federal sob n.º 559/13, visando a estender a legislação a toda a Administração Pública, inclusive com a inclusão da modalidade do diálogo competitivo, já usada em países da Europa, em que a Administração Pública desenvolve com os licitantes previamente selecionados alternativas para atender diretamente às suas necessidades, principalmente em casos de inovação tecnológica ou de tecnologias de domínio restrito no mercado (CONJUR, 2016, p. 2).

12 Dos meios alternativos de resolução de conflitos

A questão do recurso único previsto na lei (art. 59) remete à possibilidade de utilização dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos – MARC pelas estatais.

São utilizados em vários países, como Estados Unidos, Canadá, Espanha, França, Argentina e desde os anos 1990 vem se desenvolvendo no Brasil.

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução n.º 125, a qual dispõe sobre meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação e a conciliação. Foi uma mudança de paradigma no Brasil, seguindo-se a Lei n.º 13.140/2015, marco legal da mediação no Brasil, que prevê, entre outros, a criação de câmaras de solução administrativa dos conflitos envolvendo a Administração Pública. O Código de Processo Civil de 2015 consagrou a tendência conciliatória visando a prevenir e reduzir as demandas do Poder Judiciário.

Os mecanismos podem ser autocompositivos, como a conciliação e a mediação, em que as próprias partes buscam o consenso entre si; e heterocompositivos, como a arbitragem, em que um terceiro escolhido pelos litigantes, o árbitro, decide a questão.

Geralmente, a conciliação é utilizada para solucionar um litígio mais objetivo, superficial. A mediação é usada em conflitos mais subjetivos, visando também a preservar a relação, seja familiar, contratual, corporativa. Mas nada impede que a conciliação se converta em mediação, e vice-versa. Sobre a distinção, vale transcrever DIAS e FARIA:

Tanto na mediação quanto na conciliação, tem-se a figura de um terceiro, imparcial, com a função de auxiliar os envolvidos, a quem não cabe resolver o problema, mas exercer um papel de incentivador da solução do conflito. O conciliador tem um papel mais ativo, pois além de conduzir o diálogo, apresenta propostas e sugestões para a solução do conflito. Já o mediador tem uma atuação mais reservada, abstenendo-se de propostas ou sugestões, porém, através do seu conhecimento técnico, acompanha o diálogo e atua no sentido de esclarecer aspectos inerentes às questões litigiosas que podem colaborar para que as partes alcancem um consenso. (2016, p. 27).

Quanto à mediação, ressalte-se a opinião de Serpa:

Processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como o agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalizador de disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas (1997, p. 105).

São formas de resolver litígios com celeridade e aplicável também na Administração Pública Direta e Indireta. O Tribunal de Contas da União, inicialmente, vedava a utilização dos MARCs, fundamentado na supremacia do interesse público, mas alterou seu entendimento, da mesma forma a jurisprudência sobre a matéria:

O Tribunal de Contas da União inicialmente era contrário à arbitragem nos contratos administrativos, por afronta aos princípios do direito público, conforme acórdãos 537/2006 e 1.099/2006. Entretanto, a orientação foi modificada, como se vê no acórdão 2145/2013, Rel. Benjamin Zymler, no qual se especificou que “há a possibilidade de cláusula arbitral, desde que justificada técnica e economicamente”. Do ponto de vista jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aceitou que a Administração participasse de disputa arbitral se houvesse *interesse patrimonial disponível*, conforme decisão datada de 2005 (AR no MS 11.308), na qual se menciona artigo de Arnaldo Wald, Gusmão Carneiro, Alencar e Dourado, em que os autores defendem que: “ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo

uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para defesa do interesse público". (NOHARA, 2018^a, p. 3).

Os procedimentos encontram-se respaldados, por exemplo, na Lei n.º 13.140/2015, que dispõe sobre mediação, inclusive quando forem partes empresas estatais, na via judicial e extrajudicial (art. 38); e na Lei n.º 13.129/2015, a qual alterou a lei de arbitragem, instituindo esse método de heterocomposição na Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, "que deve ser de direito [e não de equidade] e respeitar ao princípio da publicidade" (art. 1º, §3º, Lei n.º 9.307/1996). Conforme Bacellar Filho:

"A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público. A transação existe para permitir a concretização do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda". (2007, p. 193).

Ressalta NOHARA (2018b) que a Lei n.º 11.079/2004 (parcerias público-privadas), em seu art. 11, previu, em caráter facultativo, a arbitragem; a Lei n.º 11.196/2005 incluiu o artigo 23-A na Lei Geral de Concessões (Lei n.º 8.987/1995), prevendo os meios alternativos de resolução de conflitos nas concessões de serviços públicos em geral, o que foi seguido por outras legislações, como a Lei n.º 10.233/2001, a qual disciplina a ANTT e a ANTAQ (NOHARA, 2018b), a Lei n.º 10.848/2004, que instituiu a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica, e a Lei n.º 12.815/2013, que trata da exploração de instalações portuárias pela União.

Segundo Corralo e Desordi (2018, p. 8-9), no âmbito federal, a Advocacia Geral da União antecipou-se, instituindo, através do Ato Regimental n.º 5, de 27 de setembro de 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, para os fins de reduzir os litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Em nível estadual, o Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Lei n.º 14.794, instituiu o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação. O Estado foi o pioneiro na instalação de um

centro de conciliação e mediação, no mês de dezembro de 2016 (GERGS, p. 1).

O Município de São Paulo promulgou, em fevereiro de 2018, a Lei n.º 16.873, regulamentando a instalação de comitês de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos celebrados pela Administração Direta e Indireta daquela municipalidade (SÃO PAULO, 2018).

A própria Lei das Estatais, na parte concernente ao direito societário, em seu artigo 12, parágrafo único, dispõe que a sociedade de economia mista pode solucionar, mediante arbitragem, divergências entre acionistas e sociedade, conforme seu estatuto social.

O PLS n.º 993/2013, aprovado no Senado Federal e remetido à Câmara dos Deputados, em tramitação na Câmara dos Deputados sob n.º 6.814/2017, que trata da nova lei geral de licitações e contratos públicos, também apresenta em seu texto dispositivos sobre o tema, por exemplo, para resolver litígios acerca de equilíbrio econômico-financeiro.

Da mesma forma, os certames licitatórios, os quais podem se tornar demorados por discussões judiciais, dentro do âmbito da disponibilidade podem ter uma solução entre as próprias partes, mediante consenso e com celeridade, assegurando-se a supremacia do interesse público.

Conclusão

A Lei n.º 13.303/2016 é uma norma que regula disposições aplicáveis às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, destacando-se da norma geral que, anteriormente, regulava as licitações e os contratos administrativos da Administração Pública Direta e Indireta, incluindo outras disposições, como governança corporativa e regime societário.

Pode-se ressaltar a obrigação das estatais de elaborarem um regulamento interno de licitações e contratos, permitindo que estas ajustem as normas legais às peculiaridades inerentes a cada uma delas, além de itens como regimes de execução por contratação integrada e por contratação semi-integrada, regime diferenciado de contratação, pregão, aumento dos limites para contratação direta em razão do valor do objeto, possibilidade de alteração desses valores pelo Conselho de Administração e novos critérios de julgamento das propostas, de desempate, sanções e procedimentos.

A norma busca ser atualizada e célere, por exemplo, em termos de mercado e de tecnologias, nos procedimentos de contra-

tação e reduz a questão dos recursos administrativos. Entretanto, a Constituição Federal garante a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição, podendo resultar, pelo esgotamento da esfera administrativa, na busca ao Poder Judiciário.

Discutiram-se também aspectos das licitações e contratações, a inversão de fases entre julgamento e habilitação, o sigilo do orçamento, as sanções, os recursos, destacando-se a possibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos como forma de levar celeridade aos certames licitatórios.

A LE se aproxima do regime de direito privado, por se referir a empresas que atuam diretamente no mercado, mas que realizam também atividades econômicas ou serviços de interesse e com recursos públicos, materializando a presença do Estado, razão pela qual também devem se aproximar do regime de direito público.

Assim, objetiva-se modernizar, ampliar o controle, a fiscalização, a eficiência e a transparência, para os fins de aumentar a solidez e a competitividade das estatais, inclusive discutindo-se estender pontos dessa legislação a toda a Administração Pública ainda regulada pela norma geral da Lei n.º 86.66/1993.

Referências

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BILAC, Pinto. **O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas públicas**. Revista de Direito Administrativo – seleção histórica, p. 257-270, Rio de Janeiro, 1991.

BITTENCOURT, Sidney. **A nova lei das estatais**. Belo Horizonte: Ed. Jhmizuno, 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 6814/17**. Institui normas para licitações e contratos da Administração pública e dá outras providências. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 29 jan 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 20 dez 2018.

_____. **Decreto n.º 8.945, de 27 de dezembro de 2016**. Regulamenta, no âmbito da União, a lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico das estatais. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 11 fev 2019.

_____. **Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio

de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 jun. 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 17 dez 2018.

_____. **Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regula o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jun. 1993. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 14 dez 2018.

_____. **Lei Federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre arbitragem. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em 25 jan 2019.

_____. **Lei Federal 12.462, de 04 de agosto de 2011.** Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas RDC. Diário Oficial da União, Brasília, 5 ago. 2011. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 02 dez 2018.

_____. **Lei Federal n. 13.303, de 30 de junho de 2016.** 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. Diário Oficial da União, Brasília, 01 jul. 2016. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em 12 dez 2018.

_____. **Senado Federal. Projeto de lei 559/13.** Institui normas para licitações e contratos da Administração pública e dá outras

providências. Disponível em www25.senado.leg.br. Acesso em 22 jan 2019.

_____. **Tribunal de Contas da União.** Acórdão 1502/2018. Plenário. Em 04 jul 2018. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Disponível em www.contas.tcu.gov.br. Acesso em 09 fev 2019.

CONJUR, Revista Consultor Jurídico. **Projeto que altera a lei de licitações é aprovado no Senado.** Ed. 14 dez 2016. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em 20 jan 2019.

CORRALO, Giovani da Silva e DESORDI, Danubia. **Mediação na administração pública municipal: aplicação da lei 13.140/2015 às municipalidades.** Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Salvador, v. 4, n. 1, p. 1-17, Jan/Jun. 2018.

COSTA, Diego V; BAUMANN, Marcelo L; SANTOS, Isabel L. **Afastamento de regras sobre licitação efetiva função social das estatais.** Revista Consultor Jurídico, 17 maio 2018. In www.conjur.com.br. Acesso em 13 jan 2019.

DIAS, Luciano S.; FARIA, Kamila C. (2016). **A Mediação e a Conciliação no Contexto do Novo Código de Processo Civil de 2015.** Revista Constituição e Garantia de Direitos. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/9990/7083>. Acesso em 01 de fevereiro de 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2012.

GERGS – Governo do Estado do Rio Grande do Sul (Portal Institucional). **RS é primeiro estado a ter centro de conciliação e mediação de conflitos**. Porto Alegre, 13 dez. 2016. Disponível em: <http://www.rs.gov.br/conteudo/251310/rs-e-primeiro-estado-a-ter-centro-de-conciliacao-e-mediacao-de-conflitos/termosbusca=*>. Acesso em: 17 fev. 2018.

IBGP. Instituto Brasileiro de Governança Pública. **Comparação entre leis de licitações e contratos**. Disponível em: www.forum.ibgp.net/br. Acesso em 20 jan 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A contratação sem licitação nas empresas estatais**. In: Estatuto jurídico das empresas estatais Lei n.º 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

_____. **A constitucionalidade da lei 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais empresárias e não empresárias**. In Revista eletrônica da PGE-RJ, v. 1, n.1, 2018. Disponível em: www.revistaeletronica.pge.rj.gov.br. Acesso em 12 jan 2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Prestação de serviços públicos e administração indireta**. 2ª ed. São Paulo: RT, 1979.

MOTTA, Fabrício. **Lei de licitações de estatais peca pelo excesso de regras**. Revista Consultor Jurídico, 21 jul 2016. In www.conjur.com.br. Acesso em 10 jan 2019.

NIEBURH, José de M. **Aspectos destacados do novo regime de licitações e contratações das**

estatais. Em 8 jul 2016. Disponível em: www.direitodoestado.com.br. Acesso em 11 jan 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. **Arbitragem nos contratos administrativos de infraestrutura e interesse patrimonial disponível: a fênix ou o cavalo de tróia**, 2018a. Disponível em www.genjuridico.com.br. Acesso em 26 jan 2019.

_____. **Mudanças promovidas pela nova Lei das Estatais: pontos fortes e fracos**. 2018b. Disponível em: <www.direitoadm.com.br>. Acesso em 14 jan 2019.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Processo licitatório das empresas estatais: finalidades, princípios e disposições gerais. In: JUSTEN FILHO, Marçal (Org.). **Estatuto jurídico das empresas estatais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 327-351.

PEREIRA, Gabriel Senra da C e FA-RIA, Edimur Ferreira. **O regime jurídico das empresas estatais sob a ótica da lei n.º 13.303/2016: aspectos gerais, específicos e polêmicos**. 30 dez 2017. Disponível em: www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/download/2280/pdf. Acesso em 23 jan 2019.

PIOVESAN, Filipe da Silva e CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A nova lei das estatais e a aplicação de sanções nos contratos administrativos: uma análise comparativa com a lei geral de licitações**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 275, p. 223-248, maio/ago/2017.

ROSSETTI, Suzana. **O impacto do acórdão n.º 1.502/2018 – Plenário do TCU, sobre as licitações das estatais.** Em 29 ago 2018. Disponível em www.zenite.blog.br. **Erro! A referência de hiperlink não é válida.** Acesso em 10 fev 2019.

São Paulo. **Lei n.º 16873, de 22 de fevereiro de 2018.** Autoriza a instalação de Dispute Resolution Boards para solução de conflitos em contratos de construção feitos pelo município de São Paulo. CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. Disponível em www.conima.org.br. Acesso em 30 jan 2018.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação, processo judicioso de resolução de conflitos.** Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1997.

SUNDFEL, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

TORRES, Ronny Charles L. **As licitações públicas na nova lei das estatais (Lei federal n.º 13.303/2016).** Revista Jus navegandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4974, 12 fev 2017. Disponível em: www.jus.com.br. Acesso em 13 jan 2019.

VASCONCELOS, Meggie L. **Lei das estatais – pontos interessantes e inovações da nova lei das estatais.** 2016. Disponível em: <https://meggielecioli.jusbrasil.com.br/artigos/360344232/lei-das-estatais-pontos-interessantes-e-inovacoes-da-nova-lei-das-estatais>. Acesso em 16 jan 2019.

VIANNA CONSULTORES, 2018, p.1). Orçamento sigiloso nas licitações das estatais. 2018. Disponível em: www.viannaconsultores.com.br. Acesso em 10 fev 2019.

ZYMLER, Benjamin. **Estatuto jurídico das empresas estatais.** Palestra realizada em 29 maio 2017. Disponível em: www.fgvprojetos.fgv.br. Acesso em 12 jan 2019.

Anexo I

Quadro comparativo entre Lei n.º 8.666/1993 e 13.303/2016

Tabela I - Sobre modalidades de licitação

Lei n.º 8.666/1993	Lei n.º 13.303/2016
<p>Art. 22. São modalidades de licitação:</p> <p>I - concorrência;</p> <p>II - tomada de preços;</p> <p>III - convite;</p> <p>IV - concurso;</p> <p>V - leilão.</p>	<p>Art. 32.</p> <p>(...)</p> <p>IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregoão, instituída pela Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.</p>

Fonte: IBGP

Tabela II - Sobre as fases da Licitação

Lei n.º 8.666/1993	Lei n.º 13.303/2016
<p>Seção II - Da Habilitação</p> <p>Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:</p> <p>I - habilitação jurídica;</p> <p>II - qualificação técnica;</p> <p>III - qualificação econômico-financeira;</p> <p>IV - regularidade fiscal e trabalhista;</p> <p>V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.</p> <p>Seção III - Dos registros cadastrais</p> <p>Art. 34. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem frequentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.</p>	<p>Art. 51. As licitações de que trata esta Lei observarão a seguinte sequência de fases:</p> <p>I - preparação;</p> <p>II - divulgação;</p> <p>III - apresentação de lances ou propostas, conforme o modo de disputa adotado;</p> <p>IV - julgamento;</p> <p>V - verificação de efetividade dos lances ou propostas;</p> <p>VI - negociação;</p> <p>VII - habilitação;</p> <p>VIII - interposição de recursos;</p> <p>IX - adjudicação do objeto;</p> <p>X - homologação do resultado ou revogação do procedimento.</p> <p>(...)</p>

Seção IV - Do procedimento e Julgamento

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

- I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;
- II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;
- III - ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite;
- IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
- VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
- VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- XI - outros comprovantes de publicações;
- XII - demais documentos relativos à licitação.

Art. 58. A habilitação será apreciada exclusivamente a partir dos seguintes parâmetros:

I - exigência da apresentação de documentos aptos a comprovar a possibilidade da aquisição de direitos e da contração de obrigações por parte do licitante;

II - qualificação técnica, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

III - capacidade econômica e financeira;

IV - recolhimento de quantia a título de adiantamento, tratando-se de licitações em que se utilize como critério de julgamento a maior oferta de preço.

Fonte: IBGP

Tabela III - Contratos administrativos

<p>Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.</p>	<p>Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado</p>
<p>Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:[...] VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas; VIII - os casos de rescisão; IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei; [...]</p>	<p>Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei:[...] VI - os direitos e as responsabilidades das partes, as tipificações das infrações e as respectivas penalidades e valores das multas; VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos [...]</p>
<p>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 [...] II - rescindi-los, unilateralmente [...] III - fiscalizar-lhes a execução [...]</p>	
<p>Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: II - por acordo das partes: [...] §1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões [...]</p>	<p>Art. 72. Os contratos regidos por esta Lei somente poderão ser alterados por acordo entre as partes [...] Art. 81. Os contratos celebrados [...] contarão com cláusula que estabeleça a possibilidade de alteração, por acordo entre as partes, nos seguintes casos: [...] §1º O contratado poderá aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões [...]</p>
<p>Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.</p>	

<p>Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão [...]</p> <p>Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:</p> <p>Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:</p> <p>I - [...] ato unilateral e escrito da Administração [...]</p> <p>II - amigável, por acordo entre as partes [...]</p> <p>III - judicial, nos termos da legislação [...]</p>	
<p>Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. [...]</p>	<p>Art. 82. Os contratos devem conter cláusulas com sanções administrativas a serem aplicadas em decorrência de atraso injustificado na execução do contrato, sujeitando o contratado a multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato. [...]</p>
<p>Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:</p> <p>I - advertência;</p> <p>II - multa [...]</p> <p>III - suspensão temporária [...]</p> <p>IV - declaração de inidoneidade [...]</p> <p>§2º [...], facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.</p>	<p>Art. 83. Pela inexecução total ou parcial do contrato a empresa pública ou a sociedade de economia mista poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:</p> <p>I - advertência;</p> <p>II - multa [...]</p> <p>III - suspensão temporária [...]</p> <p>§2º [...] devendo a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, ser apresentada no prazo de 10 (dez) dias úteis.</p>
<p>Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:</p> <p>I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis [...] nos casos de:</p> <p>[...]</p> <p>e) rescisão do contrato [...]</p> <p>f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa [...]</p>	<p>Art. 59. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá fase recursal única.</p> <p>§ 1º Os recursos serão apresentados no prazo de 5 (cinco) dias úteis após a habilitação e contemplarão, além dos atos praticados nessa fase, aqueles praticados em decorrência do disposto nos incisos IV e V do caput do art. 51 desta Lei.</p> <p>§ 2º Na hipótese de inversão de fases, o prazo referido no § 1º será aberto após a habilitação e após o encerramento da fase prevista no inciso V do caput do art. 51, abrangendo o segundo prazo também atos decorrentes da fase referida no inciso IV do caput do art. 51 desta Lei.</p>

Fonte: PIOVENSAN e CRISTOVAM (2017, p. 239-240).

Regime jurídico dos empregados públicos e direito disciplinar: uma crítica à omissão da Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais)

Guilherme Bohrer Lopes Cunha

Advogado da Casa da Moeda do Brasil – CMB

Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade

Cândido Mendes – UCAM

RESUMO

Analisa-se as questões relevantes envolvendo o regime jurídico das empresas estatais após a promulgação da Lei n.º 13.303/2016, em especial o regime dos empregados públicos e o direito disciplinar.

Palavras-chave: Empresas Estatais. Empregados Públicos. Regime Jurídico. Direito Disciplinar.

ABSTRACT

This article analyzes the relevant issues involving the legal regime of state-owned enterprises after the promulgation of Law 13.303/2016, especially the public employees regime and the disciplinary law.

Keywords: State-owned Enterprises. Public employees. Legal Regime. Disciplinary Law.

Introdução

O objeto deste trabalho é analisar a omissão do legislador que promulgou a Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais) sem ter tratado de alguns aspectos necessários, em especial o regime jurídico dos empregados públicos e o direito disciplinar aplicável às relações entre as empresas estatais e os seus empregados.

Inicialmente, trata-se do artigo 173, §1º da Constituição Federal e do regime jurídico instituído por meio da Lei das Estatais, descrevendo o estado de coisas existente antes da promulgação da citada lei, levando o debate doutrinário a distinguir a

existência de duas espécies de empresas estatais, isto é, prestadoras de serviço público e exercentes de atividade econômica, além da tradicional divisão em empresas públicas e sociedades de economia mista, com as consequências dessa divisão criada, que acabou por ser aceita pela jurisprudência dos tribunais superiores; além de apontar que, em que pesem os avanços trazidos pela nova lei, persiste a insegurança jurídica pela ausência de regulamentação das questões envolvendo direitos tributários, trabalhistas, comerciais, etc. das empresas estatais.

Em seguida, aborda-se o regime jurídico dos empregados públicos após o advento da Lei das Estatais, apontando as consequências da omissão do legislador ao deixar de tratar dos aspectos atinentes aos direitos trabalhistas, pois há menções no próprio texto constitucional da necessidade de incidência do direito público, como a exigência de concurso público para o ingresso e a vedação às acumulações ilícitas, bem como, conforme entendimento doutrinário, as rescisões do contrato de trabalho não podem ocorrer de forma imotivada com o objetivo de evitar demissões arbitrárias e fazer valer os princípios publicistas.

Por fim, será tratado do direito disciplinar nas empresas estatais, tema correlato à obrigação de apresentação dos motivos para o ato de demissão de empregados públicos, pois, além das disposições atinentes à aplicação de eventuais penalidades (advertência, suspensão e rescisão do contrato de trabalho por justa causa), garantindo o direito ao contraditório e à ampla defesa em sede de apuração formal, a abordagem adequada desse assunto levará ao fortalecimento do combate à corrupção.

1 Artigo 173, § 1º, da Constituição Federal e Lei n.º 13.303/2016: regime jurídico das empresas estatais

A Constituição Federal (CF) trata do regime jurídico das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista)¹ no § 1º do artigo 173, indicando em seus cinco incisos as

¹ A Lei n.º 13.303/2016 as definiu da seguinte forma: “Art. 3º Empresa pública é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei e com patrimônio próprio, cujo capital social é integralmente detido pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios.” e “Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.”

disposições que devem ser abarcadas no estatuto a ser estabelecido por lei.

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:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Por meio das empresas estatais, pode o Estado atuar diretamente nas atividades econômicas, exclusivamente, quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo ou, no serviço público, atividade indispensável à consecução da coesão social (GRAU, 2014, p. 123-126), cabendo a cada um dos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) escolher a melhor forma de agir dentro dos parâmetros constitucionais.

Essas pessoas jurídicas são instrumentos de ação do Estado enquanto se constituem em entidades “auxiliares do Poder Público [...] voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados” (MELLO, 2005, p. 178), são “entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública e a sociedade de economia mista” (DI PIETRO, 2014, p. 515), e são entes relevantes no contexto social e jurídico brasileiros, representando “um setor de inegável importância para a sociedade e para a economia brasileiras” (BEMQUERER, 2012, p. 17 e 198).

Assim, a atuação empresarial do Estado abrange a prestação de serviços públicos de titularidade estatal e o exercício de atividade econômica sujeita à livre iniciativa, em regime de mo-

nopólio ou de competição com as demais sociedades empresárias, mas, que reste claro, sem se orientar pela mesma lógica especulativa que estimula os empreendedores privados, que assumem riscos em troca de retorno financeiro, já que a “produção estatal é qualificada por objetivos tipicamente públicos, que nem sempre priorizam a realização de investimentos em função de sua maior rentabilidade ou buscam gerar valor aos acionistas” (PINTO; PINTO JUNIOR, 2013, p. 43-45).

Tendo em vista que o comando constitucional da exigência de lei para a instituição do estatuto das empresas estatais até recentemente não havia sido atendido pelo legislador, estabeleceu-se, então, um regime jurídico híbrido, que cobra, de um lado, a eficiência, os resultados e, até mesmo, o faturamento das empresas privadas; e, pelo lado do direito público, a observância de diversos princípios e regras da administração pública, tais como: a) a exigência de concurso público para o ingresso dos empregados, b) que as contratações para aquisição de produtos e serviços devem seguir procedimento formal, de preferência precedidas de licitação, e c) a realização de controle pelos órgãos de fiscalização (tribunais de contas e controladorias).

Todavia, a depender do ramo de atuação, isto é, se exerce atividade econômica de natureza privada ou se presta serviço público, temos a preponderância de um ou de outro regime. Quando exerce atividade econômica, reservada preferencialmente ao particular, “obedece, no silêncio da lei, a normas de direito privado”, sendo “o direito público exceção e, como tal, deve ser interpretado restritivamente”; ao passo que, quando prestar serviço público, “aplicam-se, no silêncio da lei, os princípios de direito público, inerentes ao regime jurídico administrativo” (DI PIETRO, 2014, p. 516-517).

Após quase 28 (vinte e oito) anos da promulgação da CF, publicou-se a Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais) com o intuito de atender ao dispositivo constitucional, suprimindo o vácuo legislativo existente em quase sua integralidade, definindo os tipos de empresas estatais e trazendo regras para tratar do regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista, da função social das empresas estatais, das licitações e dos contratos e da fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

Ao analisarmos o texto da lei, podemos fazer uma correlação entre os seus artigos e a parte do artigo 173 da CF transcrita anteriormente, restando omissa no que tange ao inciso II do §1º.

De acordo com a ordem disposta na estrutura da Lei das Estatais, temos no Título I, a) o Capítulo I, das disposições preliminares, que corresponde ao §1º do artigo 173 da CF; b) o Capí-

tulo II, do regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista, aos incisos IV e V; c) o Capítulo III, da função social da empresa pública e da sociedade de economia mista, à parte inicial do inciso I; e no Título II, d) os capítulos I e II, das licitações e dos contratos, correspondência ao inciso III; e) o Capítulo III, da fiscalização pelo Estado e pela sociedade, à parte final do inciso I.

Além da ausência de uma definição sobre as questões relativas às matérias trabalhistas, tributárias, comerciais, etc., o fato de o legislador ter decidido por regulamentar o artigo 173 da CF, no entender da doutrina capitaneada por Grau, a Lei das Estatais teria tratado somente daquelas que exercem atividade econômica em sentido estrito, tendo em vista que as prestadoras de serviço público estariam previstas no artigo 175² (2014, p. 105); todavia, tal entendimento não deve prosperar, tendo em vista que a nova lei “expressamente consignou sua aplicabilidade a toda e qualquer empresa pública e sociedade de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (ZYMLER, 2017, p. 19)

Justen Filho assinala que o modelo estabelecido pela Lei das Estatais é compatível com o texto constitucional, “ainda que possa ser heterodoxo em face da doutrina clássica do Direito Administrativo”, pois, em seu entender, a CF “não consagrou distinção específica, rígida e insuperável entre as estatais exploradoras de atividade econômica e as prestadoras de serviço público”, já que “essa diferenciação foi delineada na prática e pelo trabalho da doutrina”, concluindo que

A Lei n.º 13.303 contemplou solução adequada à evolução das circunstâncias econômicas. Ela deixou de lado a distinção fundada na natureza da atividade e reconheceu que a diferenciação entre exploração de atividade econômica e prestação de serviço público tornou-se insuficiente para determinar o regime jurídico aplicável as entidades estatais dotadas de personalidade de direito privado. O reconhecimento da submissão das sociedades estatais, quando organizadas

² Art. 175. 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. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - 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; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

sob forma empresarial, às normas de Direito Comercial representa uma evolução não apenas compatível com a Constituição, mas indispensável à sua atuação eficiente como sujeitos privados (2018, p. 20).

É verdade que a Lei n.º 13.303/16 consagrou “um regime que propicia maior autonomia às estatais” (ZYMLER, 2017, 25), mas foi aquém do necessário ao não definir conceitos para trazer mais segurança à atividade administrativa, deixando de abordar, por exemplo, o que seria “relevante interesse coletivo e imperativo de segurança nacional, adiando-se, mais uma vez, o cumprimento do comando inserto no art. 170 do texto constitucional”, além de nada dizer acerca da “conceituação de ‘atividade econômica’ e ‘serviço público’, o que, há décadas, é reclamado pela doutrina” (FONSECA; VASCONCELLOS, 2016, p. 36).

O princípio do Estado de Direito prevê, dentre outras coisas, a previsibilidade da legislação como um estado ideal de coisas a ser atingido (ÁVILA, 2007, p. 71-73), podendo a noção de segurança jurídica ser considerada como sinônimo de previsibilidade, e “a experiência da humanidade corrobora as vantagens de viver sob um direito que, ademais de justo, venha a ser seguro” (VIGO, 2011, p. 273), não sendo recomendável que o legislador de um país perpetue a insegurança diante de casos previstos no texto constitucional e quando for patente a necessidade de regulamentar situações controvertidas.

Assim, o legislador não aproveitou a oportunidade para tratar do inciso II³, além de nada ter dito acerca da classificação doutrinária que distingue as prestadoras de serviço público das que exercem atividade econômica, de maneira que, diante dessa omissão, as questões relativas aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários deveriam, em tese, estar sujeitas ao mesmo regime das sociedades empresárias privadas, mas que os tribunais brasileiros, na prática e seguindo farta orientação doutrinária, acabam por excepcionar pontualmente em algumas situações levadas ao Poder Judiciário.

2 Regime jurídico dos empregados públicos após a Lei n.º 13.303/2016

Em relação às empresas públicas prestadoras de serviço público, como, por exemplo, a Empresa Brasileira de Correios e Te-

³ II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.

légrafos (ECT) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (INFRAERO), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu ser possível o deferimento de tratamento diferenciado aplicável à Fazenda Pública, não extensível às sociedades empresárias privadas, tais como a imunidade tributária, a impenhorabilidade judicial de seus bens e o pagamento de suas dívidas mediante regime de precatórios, conforme pode ser verificado em diversos julgados, tais como:

IMUNIDADE RECÍPROCA – INFRAERO – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, “a”, da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação cível originária julgada procedente. (Agravio Regimental no Agravio de Instrumento n.º 797034. Relator Ministro Marco Aurélio. 21 de maio de 2013).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI N.º 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei n.º 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido (Recurso Extraordinário n.º 220906. Relator Ministro Mauricio Corrêa. Tribunal Pleno. 16 de novembro de 2000).

Dessa forma, diante do estado de insegurança jurídica existente, que não foi sanado pela nova Lei das Estatais, as empre-

sas públicas federais prestadoras de serviço público são obrigadas a buscar individualmente o Poder Judiciário para que seja reconhecido o direito à imunidade tributária sempre que os Estados-membros ou Municípios cobrem delas impostos indevidos ou, quando condenadas judicialmente, acabam tendo que recorrer às instâncias superiores para não terem seus bens penhorados.

O fato de a Lei n.º 13.303/2016 ao mesmo tempo não diferenciar as empresas estatais no que tange ao seu ramo de atividade e não abordar aspectos tributários, comerciais e afins, bem como a forma como devem ser tratadas em juízo, faz com que permaneça válida a jurisprudência do STF em sua integralidade relacionada às prerrogativas das prestadoras de serviço público (não abrangendo, é claro, as que exercem atividade privada, como, por exemplo, a Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS -, pois, via de regra, competem no mesmo mercado que as demais empresas privadas).

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO). IMÓVEL UTILIZADO PARA SEDIAR CONDUTOS DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO, COMBUSTÍVEIS OU DERIVADOS. OPERAÇÃO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS. MONOPÓLIO DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão que considerou tributável propriedade imóvel utilizada pela Petrobrás para a instalação e operação de condutos de transporte de seus produtos. Alegada imunidade tributária recíproca, na medida em que a empresa-agravante desempenha atividade sujeita a monopólio. 2. É irrelevante para definição da aplicabilidade da imunidade tributária recíproca a circunstância de a atividade desempenhada estar ou não sujeita a monopólio estatal. O alcance da salvaguarda constitucional pressupõe o exame (i) da caracterização econômica da atividade (lucrativa ou não), (ii) do risco à concorrência e à livre-iniciativa e (iii) de riscos ao pacto federativo pela pressão política ou econômica. 3. A imunidade tributária recíproca não se aplica à Petrobrás, pois: 3.1. Trata-se de sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de seus acionistas, pessoas de direito público e privado, e a salvaguarda não se presta a proteger aumento patrimonial dissociado de interesse público primário; 3.2. A Petrobrás visa à distribuição de lucros, e, portanto, tem capacidade contributiva para participar do apoio econômico aos entes federados; 3.3. A tributação de atividade econômica lucrativa não implica risco ao pacto federativo. Agravo regimental conhecido, mas ao qual

se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 285-716/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. 03 de março de 2010)

No aspecto dos direitos trabalhistas, a princípio, cabe a aplicação da mesma legislação do setor privado, em especial a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), mas com o temperamento trazido pela própria CF, tais como a exigência de que a contratação de seus empregados deve ser precedida de concurso público (artigo 37, II) e estender aos seus empregados públicos a proibição de acumulação de cargos, empregos e funções públicos, salvo nas hipóteses permitidas (artigo 37, XVII).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

(...)

XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

Dessa forma, seguindo a literalidade do texto constitucional, deveria permanecer aplicáveis aos empregados das empresas estatais as mesmas disposições dos demais empregados celetistas que “estejam em consonância com o sistema jurídico-normativo trabalhista federal”, sendo que “as normas instituídas pelos entes de direito público, tratando de questões trabalhistas aplicáveis aos seus empregados, equivalem ao regulamento de empresa, obrigando apenas as partes ao seu cumprimento” (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2014, p. 86), sendo que seu pessoal se submete ao regime trabalhista comum, formando um vínculo jurídico contratual, conforme previsão constitucional” (CARVALHO FILHO, 2009, 486-487).

Entretanto, pelas próprias exceções que constam da CF e conforme as conclusões advindas da doutrina e da jurisprudên-

cia, tendo em vista que as empresas estatais não estão sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao de direito público, mas a um regime de natureza híbrida (CARVALHO FILHO, 2009, p. 477), de maneira que não se pode tratar as questões relacionadas ao seu corpo de pessoal de forma simplista.

A doutrina e a jurisprudência atuando no vácuo legislativo, que, repita-se, não foi suprido pela Lei n.º 13.303/2016, acrescentaram às relações trabalhistas no âmbito das empresas estatais uma garantia aos empregados em face de eventuais atos arbitrários não prevista na CLT, ao ditar que a necessidade de concurso público para o ingresso faz com que as demissões devam sempre ser motivadas.

Mello leciona que, pelo fato de ser necessário observar os princípios de direito público para a admissão de empregados, afastando parcialmente as regras celetistas, essa constatação também deveria influenciar nos atos de dispensa (2005, p. 205):

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

(...)

Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo. O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta.

Nos casos em que a empresa deva adotar uma política de contenção de despesas na área de pessoal ou que, por qualquer razão, convenha promover uma redução do quadro, deverão ser previamente anunciados os critérios objetivos em função dos quais serão feitos os cortes, para que se possa aferir se o desligamento de tais ou quais empregados obedeceu a critérios impessoais, como tem de ser.

De acordo com os autores que se aprofundaram no tema da rescisão do contrato de trabalho dos empregados vinculados às empresas públicas e às sociedades de economia mista, em especial Bemquerer (2012, p. 144-147), Ferro (2009, p. 80), Freitas (2009, p. 114-133) e Silveira (2011, p. 59), o ato de dispensa configura verdadeiro ato administrativo, pois praticado por quem faz as vezes do Estado, não possuindo o mesmo poder potestativo do empregador privado, uma vez que se trata de relação jurídica que adquire o timbre da publicização, compelindo-o a motivar as razões para o desligamento.

A partir do Recurso Extraordinário (RE) 589.998/PI, julgado pela modalidade de Repercussão Geral, o STF teria firmado entendimento acerca da necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral no âmbito das empresas estatais prestadoras de serviço público, visando a resguardar os seus empregados de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir⁴.

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC n.º 19/1998. Precedentes. II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III – A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 589.998/PI. Relator Ministro Ricardo Lewandowski Tribunal Pleno. 20 de março de 2013)

⁴ Pelo menos, essa foi a análise feita pelos juristas naquele momento, conferir, por todos CUNHA (2016, p. 213-230), cujo artigo se debruça sobre o tema da dispensa de empregados nas empresas estatais.

Em seu relatório, o Ministro Ricardo Lewandowski esclareceu que o objetivo dessa decisão é “coibir a ocorrência de abusos, a perpetração de arbitrariedades ou a concessão de privilégios por parte do empregador público, garantindo-se aos servidores em particular e aos administrados em geral um maior controle dos critérios de demissão” e, com base no princípio da razoabilidade, impor aos agentes do Estado “o dever de agir com ponderação, decidir com justiça e, sobretudo, atuar com racionalidade”, pois o dever de motivar o ato administrativo de demissão “está ligado à própria ideia de Estado Democrático de Direito, no qual a legitimidade de todas as decisões administrativas tem como pressuposto a possibilidade de que seus destinatários as compreendam e o de que possam, caso queiram, contestá-las”; enquanto que o Ministro Ayres Brito, durante o julgamento, seguindo a lição anteriormente transcrita do professor Celso de Mello, sintetizou que “então, quem não é livre para admitir não é livre para demitir”.

Vemos que, em que pese o STF ter consignado que a necessidade de motivação apenas contemplaria as estatais prestadoras de serviço público, a doutrina majoritária não faz esse tipo de distinção, de maneira que todas, independentemente do ramo de atividade, estariam obrigadas a resguardar seus empregados em face de demissões arbitrárias por influência dos princípios de direito público.

Após esse acórdão do STF, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) passou a decidir pela anulação de todas as demissões imotivadas cujos processos estavam suspensos, aguardando a conclusão do (RE) n.º 589.998/PI, sem diferenciar a natureza do ramo de atividade de cada uma, de modo que os empregados públicos dispensados por motivos inidôneos ou quando motivo algum fora apontado acabaram por ser reintegrados às respectivas empresas estatais. Nesse sentido, cabe a transcrição das duas decisões a seguir:

RECURSO DE REVISTA. EMPRESA PÚBLICA. MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. O campo da despedida das empresas públicas e das sociedades de economia mista não é irrestritamente livre, sendo imprescindível que haja motivação justa, sob pena do ato encerrar arbitrariedade. Ora, se nos moldes preconizados pelo -caput- do artigo 37 da Carta Magna, a Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sujeita-se aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, exigindo a

investidura em cargo ou emprego público apenas mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (Inciso II do artigo 37/CF), excetuando-se os cargos em comissão, evidente que tal tratamento deve estar presente também no ato da dispensa, sob pena de se fazer -letra morta- do Texto Constitucional, que visou a moralização das contratações e dispensas no setor. E, ao contrário do entendimento estampado através do acórdão regional, o Constituinte visou assegurar não apenas direitos de estatutários, mas também de empregados celetistas como a reclamante, pelo que competia à reclamada, antes de dispensar a empregada, proceder à devida motivação do ato. Imprescindível, portanto, que haja motivação justa, sob pena do ato encerrar arbitrariedade, que resulta nulo, acarretando, portanto, ao empregado a reintegração no emprego, com os demais direitos daí defluentes. Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou no dia 20 de março de 2013 o recurso extraordinário 589.998 e decidiu que é obrigatória a motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho de empregados de empresas estatais. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 815-29.2012.5.03.0014. Relator Desembargador Convocado Valdir Florindo. 7ª Turma. 26 de junho de 2013)

RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. REINTEGRAÇÃO FUNDAMENTADA NA FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO DE DISPENSA. DECISÃO DO STF. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 589.998-Piauí, em 20/3/2013, relator Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela necessidade de motivação do ato de dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, em atenção aos princípios da impessoalidade e da isonomia. Logo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal afasta a aplicação da Orientação Jurisprudencial n.º 247 da SBDI-1. Recurso de revista de que não se conhece. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 1281-03.2012.5.01.0071. Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda. 6ª Turma. 19 de novembro de 2014)

Todavia, em sede de Embargos de Declaração, o STF retrocedeu na amplitude de sua decisão, fazendo constar expressamente que apenas se aplicava à empresa pública cujo caso concreto havia sido julgado, isto é, à Empresa de Correios e Telégrafos (ECT).

Direito Constitucional e Direito do Trabalho. Embargos de declaração em recurso extraordinário. Dispensa sem justa causa de empregados da ECT. Esclarecimentos acerca do alcance da repercussão geral. Adreência aos elementos do caso concreto examinado. 1. No julgamento do RE 589998, realizado sob o regime da repercussão geral, esta Corte estabeleceu que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever de motivar os atos de dispensa sem justa causa de seus empregados. Não houve, todavia, a fixação expressa da tese jurídica extraída do caso, o que justifica o cabimento dos embargos. 2. O regime da repercussão geral, nos termos do art. 543-A, § 7º, do CPC/1973 (e do art. 1.035, § 11, do CPC/2015), exige a fixação de uma tese de julgamento. Na linha da orientação que foi firmada pelo Plenário, a tese referida deve guardar conexão direta com a hipótese objeto de julgamento. 3. A questão constitucional versada no presente recurso envolvia a ECT, empresa prestadora de serviço público em regime de exclusividade, que desfruta de imunidade tributária recíproca e paga suas dívidas mediante precatório. Logo, a tese de julgamento deve estar adstrita a esta hipótese. 4. A fim de conciliar a natureza privada dos vínculos trabalhistas com o regime essencialmente público reconhecido à ECT, não é possível impor-lhe nada além da exposição, por escrito, dos motivos ensejadores da dispensa sem justa causa. Não se pode exigir, em especial, instauração de processo administrativo ou a abertura de prévio contraditório. 5. Embargos de declaração providos em parte para fixar a seguinte tese de julgamento: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados.

E, na esteira desse esclarecimento feito pelo STF, o TST passou a seguir a mesma linha, conforme pode ser verificado na decisão a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RETORNO DOS AUTOS PARA EVENTUAL JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B DO CPC/73. JULGAMENTO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 589.998. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. Decisão em sintonia com o disposto na Orientação Jurisprudencial 247, I, do TST, segundo a qual as sociedades de economia mista e as empresas públicas sujeitam-se ao regime das empresas privadas, não lhes sendo exigida a motivação da dispensa de seus empregados, por força do disposto no art. 173, § 1.º, da Constituição Federal. Ressalte-se que, muito embora a questão tenha sido alçada ao Supremo Tribunal Federal, a tese com repercussão geral

firmada no RE-589.998/PI limitou-se a exigir a motivação no ato formal de demissão dos empregados tão-só da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, não se ajustando à discussão do presente feito. Nesse contexto, não há como enquadrar a hipótese em tela ao previsto no art. 543-B, § 3.º, do CPC/73, o qual permite o juízo de retratação, devendo os autos ser devolvidos à Vice-Presidência desta Corte. (TST - AIRR: 139401620075010040, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 12/03/2019, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/03/2019)

Assim, estamos diante de um cenário de clara insegurança jurídica, pela imprevisibilidade existente, já que ora os tribunais entendem de uma forma, ora de outra, situação que surge na esteira da omissão legislativa, sendo que os efeitos pretendidos pelos embargos não devem se concretizar, visto que se consolidou o entendimento da necessidade de motivação para a dispensa de empregados públicos, não cabendo a aplicação do regime celetista em sua integralidade no que tange ao início e ao final do vínculo trabalhista no âmbito das empresas estatais.

E, apesar da restrição ocorrida após a decisão dos Embargos de Declaração (ED), caso o STF siga a própria jurisprudência existente, provavelmente teremos casos julgados de outras estatais prestadoras de serviço público em que reste consignado a necessidade de motivação para o ato de dispensa, não extensível para as que exercem atividade privada.

Tendo em vista que a Lei n.º 13.303/2016 não tratou do assunto, cabe às empresas estatais seguir a CLT e as demais legislações trabalhistas no que diz respeito aos seus empregados, devendo, entretanto, observar algumas regras de direito público, em especial, a necessidade de concurso público para as admissões de pessoal e a vedação para a acumulação ilícita de mais de dois cargos e empregos públicos (salvo nas hipóteses permitidas pela CF), conforme texto constitucional, bem como a necessidade de motivar os atos de demissão.

3 Direito disciplinar nas empresas estatais

Como não há ainda a regulação esperada ao inciso II do §3º do artigo 173 da CF, permanecem as questões trabalhistas com a aplicação do regime celetista das empresas privadas, com as peculiaridades constantes do próprio texto constitucional, tais como as já citadas necessidade de concurso público e as regras que inibem a acumulação de cargos públicos, e de demais legislações esparsas, sendo as principais a Lei de Improbidade Admi-

nistrativa (Lei n.º 8.429/92), a Lei de Conflito de Interesses (Lei n.º 12.813/2013) e o Código Penal nos chamados crimes próprios contra a Administração Pública, uma vez que o artigo 327 engloba os empregados públicos na noção de funcionário público para fins penais; bem com os acréscimos que venham a ser estabelecidos pelos tribunais superiores, como a exigência de motivação para a regular dispensa de empregados.

Em relação às penalidades, que tradicionalmente são de três graus (advertência, suspensão e demissão por justa causa), a CLT tratou de maneira expressa da rescisão do contrato de trabalho por justa causa (artigo 482), enumerando as suas hipóteses, e indiretamente da suspensão, ao estabelecer que não poderia ser de prazo superior a 30 (trinta) dias (artigo 474) e nada disse acerca da advertência (mas que representa uma prática corriqueira nas relações laborais).

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Art. 474 - A suspensão do empregado por mais de 30 (trinta) dias consecutivos importa na rescisão injusta do contrato de trabalho.

Delgado leciona que o poder disciplinar é uma das diversas dimensões do poder empregatício, sendo que “a ordem jurídica brasileira acata, basicamente, três tipos de sanções: advertência,

suspensão disciplinar e ruptura contratual por justa causa". A advertência (ou admoestação), modalidade mais leve, pode ser meramente verbal ou assumir forma escrita, tendo por origem os costumes trabalhistas. A suspensão, por sua vez, representa a segunda em proporção de gravidade. E a dispensa por justa causa é a mais grave, conduzindo a "extinção do contrato sob ônus do trabalhador faltoso" (2013, p. 691-698).

Por outro lado, continua Delgado, "o objetivo central de tal poder não seria sancionar, apenar, mas principalmente criar condições para a ressocialização obreira no universo empresarial", de maneira que seria "mecanismo de realização desse caráter pedagógico do exercício do poder disciplinar a gradação das penalidades", pois "a adoção de medidas punitivas em escala crescente transmite ao obreiro a clara noção do desajuste de seu comportamento, permitindo o melhor alcance de sua ressocialização laborativa" (2013, p.705-706).

A gradação pedagógica no exercício do poder disciplinar tem por objetivo "resguardar a boa ordem no organismo empresarial", assim, sugere aos empregadores que "seja observada a gradação (advertência e depois suspensão), salvo se a gravidade da falta já comportar, de imediato, a dispensa por justa causa" (BARROS, 2013, p. 703-704).

Apesar de ser recomendável a adoção do princípio da gradação de penas, deve ser observado que esse critério, contudo, não é absoluto, não se aplicando "a todo tipo de falta cometida pelo trabalho", pois é possível a ocorrência de faltas que, por sua intensa e enfática gravidade, não venham ensejar qualquer viabilidade de gradação na punição a ser deferida, propiciando, assim, de imediato, a aplicação da pena máxima existente no Direito do Trabalho (dispensa por justa causa)" (DELGADO, 2013, p. 706).

Assim, a jurisprudência trabalhista confirma as rescisões do contrato de trabalho por justa causa quando houve a observância ao princípio da gradação das penas ou se tratou de fato grave o suficiente para a demissão imediata, enquanto que decide pela reversão nas situações contrárias a esse entendimento consagrado, conforme pode ser observado pelos julgados a seguir transcritos:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014 - JUSTA CAUSA. ATO DE IMPROBIDADE. DESNECESSIDADE DE GRADAÇÃO DAS PENAS. A conduta do reclamante de subtrair cinco latinhas de refrigerante da empresa, cliente de que era norma da reclamada que os produtos ali fabrica-

dos somente poderiam ser consumidos internamente, configura ato de improbidade, o qual autoriza a aplicação da penalidade de dispensa por justa causa, nos termos do art. 482 a, da CLT, sem que haja necessidade de gradação da pena, uma vez que rompida a confiança que deve permear a relação de emprego, impossibilitando a continuidade do vínculo empregatício. Recurso de revista conhecido e desprovido. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 9563320155090028. Min. Rel. Márcio Eurico Vital Amaro. 8ª turma. 07 de junho de 2017)

JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE GRADAÇÃO DAS PENAS. NÃO PROVIMENTO.

A jurisprudência desta Corte Superior orienta-se no sentido de que, para ensejar a dispensa por justa causa do empregado, é necessária, como regra, a reiteração de sua conduta funcional irregular, nos moldes elencados no artigo 482 da CLT, salvo nas hipóteses em que a gravidade da falta cometida justifica a cessação imediata da fidúcia imprescindível à manutenção do pacto laboral. Além disso, a reação do empregador deve observar a proporcionalidade entre falta e medida disciplinar, bem como o princípio da gradação das penas. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 23050820125030040. 5ª turma. Min. Rel. Caputo Bastos. 30 de junho de 2017)

Da mesma forma que a Lei n.º 13.303/2016 nada disse acerca do regime dos empregados públicos, deixou de tratar também do direito disciplinar que deveria nortear as apurações de responsabilidade conduzidas internamente sempre que houver indícios do cometimento de infrações funcionais.

Diante desse cenário, em razão de a legislação não exigir que as empresas estatais adotem um rito para aplicação de penalidades, inclusive na hipótese de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, em tese, bastaria ela estar caracterizada para que o empregado público seja demitido e se o ilícito grave estiver devidamente comprovado, da maneira que for, o ex-empregado não será reintegrado em eventual reclamação trabalhista.

Em algumas empresas privadas, as faltas funcionais são apuradas de modo a garantir um mínimo de contraditório aos empregados. Dessa forma, o TST editou o Enunciado n.º 77 de Súmula para consignar que “nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa, por norma regulamentar”, podendo, por óbvio, essa orientação ser seguida pelas empresas estatais.

Assim, vemos que “a necessidade de motivação não pode gerar a conclusão de que os empregados das empresas estatais somente serão demitidos após um processo administrativo disciplinar, nos moldes previstos para os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos”, mas que, na verdade, basta “um procedimento formal que sirva para registrar os fundamentos e as justificativas para a dispensa” (CUNHA, 2016, p. 222), de maneira que sejam asseguradas ao empregado as garantias à ampla defesa e ao contraditório, cabendo ao administrador decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico diante da omissão legislativa na disciplina da dispensa de empregados públicos, sendo válida essa constatação para apuração de irregularidades passíveis de penalidades mais brandas (advertência e suspensão), bem como para casos mais complexos, envolvendo ilícitos de improbidade administrativa e criminais, em especial relativos à corrupção.

De acordo com relatório emitido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as empresas estatais são entidades públicas mais propícias à corrupção em razão da “falta de padrões de transparência”, da ausência de um controlador ou proprietários e da “possibilidade de alternância na indicação de seus dirigentes entre o Poder Executivo e o Legislativo, como forma de conferir cargos à base de coalizão do Executivo” (PINHO; RIBEIRO, 2018, p. 246), de maneira que a existência de um normativo interno específico para aplicação de eventuais punições aos empregados que cometam atos ilícitos serve para fortalecer o combate à corrupção dentro das empresas estatais ao explicitar aos seus empregados o compromisso da alta administração com a ética e a probidade.

Em que pese não haver a obrigatoriedade de um processo administrativo disciplinar nos moldes da Lei dos Servidores Públicos (Lei n.º 8.112/90), cujo regime estatutário não pode ser confundido com o regime aplicável aos empregados públicos, em nome da segurança jurídica, é prudente que cada empresa estatal elabore normativo interno para regular os procedimentos que serão adotados para os casos de apuração de responsabilidade, com o fim de evitar punições baseadas em arbitrariedades, perseguições ou retaliações, bem como fortalecer o combate à corrupção.

Conclusão

A Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais), embora tenha trazido grandes avanços para uma maior autonomia das empresas

estatais, sendo compatível com o texto constitucional, foi omissa no que tange ao regime jurídico dos empregados públicos e ao direito disciplinar aplicável para a realização de adequados processos de apuração de responsabilidade.

A ausência de regramento legal para tratar dos direitos trabalhistas nas empresas estatais faz com que persista um cenário de insegurança jurídica, em especial no que diz respeito à exigência ou não de motivação para os atos de dispensa dos empregados públicos, pois, se, de um lado, a doutrina majoritária entende que essa obrigação valoriza os princípios de direito público, a jurisprudência dos tribunais superiores vem se mostrando oscilante, o que reforça a necessidade da promulgação de uma lei para trazer uma maior previsibilidade para a questão.

Desse modo, em razão da omissão legislativa, caberia ao Poder Legislativo sanar essa situação, mas também às próprias empresas estatais estipularem normativos internos para tratar do regime jurídico aplicável às relações trabalhistas com seus respectivos empregados, devendo ser guiados, além da legislação do setor privado, pelo texto constitucional e pelas relevantes contribuições da doutrina pátria; e, no que se refere à questão disciplinar, aliar a necessidade de garantir aos empregados o exercício dos direitos à ampla defesa e ao contraditório com o fortalecimento do combate à corrupção.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEMQUERER, Marcos. **O Regime Jurídico das Empresas Estatais após a Emenda Constitucional n.º 19/1998**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O Empregado Público**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

CUNHA, Guilherme Bohrer Lopes. A dispensa de empregados nas empresas estatais. **Revista de Direito da Advocef**, v. 1, p. 213-230, 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRO, Marlúcia Lopes. **O Devido Processo Legal na Dispensa do Empregado Público**. São Paulo: LTr, 2009.

FONSECA, Gustavo Moreira; VASCONCELLOS, Juliana Fabião Barbeito de Vasconcellos. Atividade econômica e serviços públicos na Lei n.º 13.303/16 à luz da doutrina de Eros Grau. **Revista de Direito da Advocef**, v. 1, p. 35-54, 2016.

FREITAS, Ney José de. **Dispensa de Empregado Público e o Princípio da Motivação**. Curitiba: Juruá, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. A constitucionalidade da Lei n.º 13.303/2016: a distinção entre sociedades estatais “empresárias” e “não empresárias”. **Revista Eletrônica da PGE RJ**, v. 1, n. 1, p. 1-20, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

PINHO, Clovis Alberto Bertolini de Pinho; RIBEIRO, Marcia Carla pereira Ribeiro. Corrupção e *compliance* nas empresas públicas e sociedades de economia mista: racionalidade das disposições da Lei de Empresas Estatais (Lei n.º 13.303/2016). **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, p. 241, 2018.

PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresas Estatais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVEIRA, Verena Sapucaia da. Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**. Rio de Janeiro v. 10, n. 38, p. 51-68, abr./jun. 2011.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre o estatuto jurídico das empresas estatais (Lei n.º 13.303/2016). **Revista Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 15-26, mar./abr. 2017.

Lei n.º 13.303/2016: o *compliance* e a transparência como elementos modernos do controle administrativo

Renila Lacerda Bragagnoli

*Advogada da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – Codevasf
Chefe da Unidade de Assuntos Administrativos da Assessoria Jurídica da Presidência da Codevasf
Pós-graduada em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração no Instituto Brasiliense de Direito Público
Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade de Buenos Aires - UBA*

RESUMO

As empresas estatais são controladas por um sistema composto por bases controladoras diversas, visando a abranger a maior quantidade de atos praticados e, não obstante a existência de numerosos meios de fiscalização e rígido controle, recentes casos de corrupção decorrentes de gestões temerárias e ineficientes fomentaram a edição da Lei n.º 13.303/2016 – Lei das Estatais, para que, cumprindo o que determina o artigo 173, §1º, da Constituição Federal, sirva como mais um instrumento de monitoramento e combate à improbidade administrativa e corrupção, grandes males que ainda precisam ser combatidos na Administração Pública. Ressai da Lei das Estatais a instituição do *compliance* e da transparência como elementos modernos do controle administrativo, refletindo sobremaneira na capacidade de a sociedade acompanhar e fiscalizar a gestão das estatais, cobrando, por conseguinte, uma prestação de serviços efetiva e eficiente, mediante o uso racional dos recursos públicos.

Palavras-chaves: Lei n.º 13.303/2016. Estatais. *Compliance*. Transparência.

ABSTRACT

The State-owned companies are controlled by system composed by a diverse control basis, aiming to cover almost the entire administrative acts and, even though the surveillance

means and the relentless control, recent cases of corruption, due to reckless and inefficient management, triggered the raise of the Law 13.303/2016 – State-owned Enterprises Law, which provides for the legal status of the public company, the mixed capital company and its subsidiaries, within the Union, the States, the Federal District and the Municipalities, and, in this sense, complying with the provisions of article 173, first paragraph of the Federal Constitution, functioning as another tool for monitoring and combating administrative misconduct and corruption, plagues that still need to be addressed in the Public Administration. From the State-owned Law comes the compliance and transparency institution, as modern elements of the administrative control reflecting, especially in the capacity of the society to follow and control of State-owned companies' management, demanding, consequently, an effective and efficient provision of services through the rational use of public resources.

Keywords: Law 13.303/2016. State-owned companies. Compliance. Transparency.

Introdução

A edição da Lei n.º 13.303/2016, precipuamente, decorre da delegação constitucional do art. 173 à lei ordinária para o estabelecimento do estatuto jurídico das estatais, devendo dispor sobre a função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade, a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal e sobre os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. Pode-se afirmar que a Lei atendeu a todos os elementos designados pela Constituição Federal, criando órgãos e critérios para seu funcionamento, impondo capacidades técnicas para posse em cargos, além de instituir um regime próprio de licitações e contratos.

O controle administrativo é matéria atual que ainda apresenta desafios a superar no Estado de Direito, porém, buscam-se soluções contemporâneas para fiscalizar os atos e a gestão das empresas estatais, objetivando garantir a eficiente prestação dos serviços públicos, não por outra razão a Lei das Estatais em comento traz uma série de inovações em questões societárias, governança, integridade à gestão administrativa e publicidade.

Em relação aos mecanismos de controle, majorou as intervenções que podem ser realizadas dentro do procedimento de regulação já existente e inovou, no sentido de inserir de manei-

ra muito clara, como formas de controle, o *compliance* e a transparência, instrumentos que serão objeto do presente estudo, especialmente por desencadearem a capacidade de fiscalização por parte da sociedade, por meio de um controle social que se torna eficaz ante o acesso às informações, ao planejamento e aos gastos orçamentários.

1 As empresas estatais no Brasil e os desafios do seu controle

O surgimento das empresas estatais no Brasil remonta à vinda da Família Real Portuguesa para o país, em 1808, e à imediata criação do Banco do Brasil. Porém, seu desenvolvimento e expansão só ocorreram por volta da década de 1930, com as ferrovias controladas por empresas estatais, a criação do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB e da Companhia Siderúrgica Nacional (SCHIRATO, 2016, p. 21-23).

Em 1970, o período em que o Estado intervia na economia mais ativamente em razão da euforia desenvolvimentista das décadas de 1960 e 1970, as estatais proliferaram-se no Brasil (SCHIRATO, 2016, p. 21-23), e, em 1978, o Tribunal de Contas da União, ao apreciar as contas do governo Geisel, ressaltou que as contas se referiam apenas a cerca de 4% das despesas da União e que os outros 96% diziam respeito às empresas estatais que, à época, não se submetiam ao controle daquela Corte (BORGES *apud* BEMQUERER, 2012, p. 17).

No Direito Positivo, as estatais surgiram no país com a edição do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, compreendendo descentralização da Administração Federal e tendo duas espécies: empresas públicas e sociedades de economia mista.

Deve ser dito, ainda, que o Decreto-Lei 200/67 previu formalmente uma das primeiras visões de controle administrativo em seu artigo 25¹ e, segundo Bandeira de Mello (*apud* JUSTEN FILHO, 2016, p. 599), este

Será abrangente dos aspectos administrativo, orçamentário, patrimonial e financeiro, tendo por principais objetivos assegurar, em cada Ministério, a observância da legislação e dos programas do Governo, coordenar as atividades dos distintos órgãos e harmonizá-las com as dos demais Ministérios, avaliar a atuação dos órgãos supervisionados, fiscalizar a aplicação dos recursos públicos e sua economicidade.

¹ Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado (...)

Embora da década de 1960, o Decreto-Lei 200 continua válido, no entanto, o Direito Administrativo contemporâneo já ultrapassou as estipulações dessa legislação, de maneira que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 173, §1º², já prevê que as empresas estatais podem não apenas explorar atividade econômica de produção ou comercialização de bens como previsto no Decreto-Lei, como também realizar a prestação de serviços públicos.

Hodiernamente, empresas estatais são “todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência” (DI PIETRO, 2013, p. 504), podendo executar atividade econômica ou prestar serviço público e se dividem em empresas públicas, sociedades de economia mista, as empresas controladas por essas duas e as demais empresas que são controladas pelo Estado, mas que não têm sua criação autorizada por lei prévia.

O Decreto n.º 8.945, de 27 de dezembro de 2016, regulamentador da Lei das Estatais, formalmente definiu empresa estatal, empresa pública e sociedade de economia mista: estatal é entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, cuja maioria do capital votante pertença direta ou indiretamente à União; empresa pública é empresa estatal cuja maioria do capital votante pertença diretamente à União e cujo capital social seja constituído de recursos provenientes exclusivamente do setor público, e sociedade de economia mista é uma empresa estatal cuja maioria das ações com direito a voto pertença diretamente à União e cujo capital social admite a participação do setor privado, conceitos expressos no artigo 2º, incisos I, II e III, respectivamente.

Por ser matéria em constante atualização e evolução, em razão da função social cada vez mais rebuscada das estatais, e não obstante os sistemas de controle previstos na Constituição, o controle e fiscalização ainda apresentam desafios a serem superados.

Sobre os desafios do controle administrativo, Osório (2013, p. 28) já discorreu:

² Art. 173[...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]

De um lado, tal realidade desafia novas e criativas políticas públicas, porque se percebem a magnitude e a veloz expansão de atores e processos corruptos e corruptores, de modo multifacetário. De outro, a mesma realidade, no evidenciar uma concentração de esforços em torno a uma patologia específica, indica a indevida limitação do olhar sobre uma complexa situação, multifacetária e sofisticada, que certamente não se encaixa numa terminologia unitária e ideológica, cultural e normativa.

Conforme leciona a melhor doutrina sobre o tema, dois grandes desafios podem ser atrelados à ideia de controle: o primeiro reflete a necessidade de um sistema de controle e o segundo concerne em fazer com o que o controle se concentre nos resultados das ações das estatais, não se prendendo a meios e formas (SCHIRATO, 2016, p. 145).

A necessidade de um sistema de controle moderno e eficiente é imperiosa, pois, atualmente, o controle é um fim em si mesmo, posto que seu objeto é incerto e o método de realização do trabalho indefinido, gerando conflito de funções e atribuições, somados à falta de clareza acerca do que deve ser realmente controlado e fiscalizado (BRAGAGNOLI, 2017b).

A incerteza do objeto reside na dificuldade de saber o que controlar: o resultado, o meio utilizado, ou a eficiência no uso dos recursos. Ante essa incerteza, o método de trabalho também apresenta lacunas procedimentais, haja vista não haver clareza sobre qual resultado busca-se com a fiscalização.

Pelas mesmas linhas, caminha o raciocínio de Aragão (2017, p. 316) quando admite que o controle

Por mais essencial que ele seja, deve ser sempre acessório e só aceitável quando não for um fim em si mesmo, mas um instrumento para fazer com que a Administração atinja melhor seus objetivos, sem sobreposições de instâncias e sem imposição de meros formalismos.

Por tais dificuldades, Marques Neto (2010) entende que mais do que buscar regras e controle em excesso, o objetivo a ser alcançado é um sistema de controle eficiente, sem que isso corresponda a um engessamento do bom funcionamento da Administração, à medida que estruturas duplicadas, superdimensionadas, ou desperdício de recursos públicos em procedimentos de controle inócuos também configuram desvios que devem ser coibidos e controlados.

Como já salientado por Bragagnoli (2017b),

O controle das empresas estatais deve voltar-se não exclusivamente para a verificação da legalidade do ato, é imprescindível que foque também para os resultados obtidos com a ação administrativa, notadamente no que concerne à eficácia, eficiência e, principalmente, boa destinação de recursos públicos.

Especialmente em relação às estatais, sua característica híbrida soma-se às dificuldades de controle, pois, independentemente do grau de relevância pública do serviço prestado ou do desenvolvimento de atividade econômica em regime concorrencial, as estatais mantêm sua natureza de direito privado, o que conclama, por evidente, a utilização de meios de controle de empresas privadas, por intermédio de instrumentos capazes de alcançar atos finalísticos de gestão que os sistemas eminentemente públicos não atingem, em razão de limitações de competências e dificuldades burocráticas.

Nessa esteia, as empresas estatais, constitucionalmente, têm regime jurídico de direito privado, nos termos do art. 173, §1º, II, ao passo que, também por força constitucional, devem observar as regras de direito público insculpidas no art. 37, sendo compelidas à contratação de empregados mediante concurso público e a realizar compras mediante processo licitatório, por exemplo.

Sobre essa dicotomia, em certos pontos, conflituosa, Bandeira de Mello (2007) afirmou:

Ditas criaturas, pois, ainda quando modeladas sob o figurino privado, não são, portanto, da mesma cepa que as demais pessoas jurídicas de direito privado. A razão de existir, os fins em vista dos quais são criadas, os recursos econômicos que manejam, os interesses a que servem (e podem servir) são manifestamente distintos e, sob muitos aspectos, até mesmo diametralmente opostos daquelas outras. Bastaria esta evidência para perceber-se que não poderiam estar submetidas a igual disciplina jurídica. Aliás, as próprias entidades em causa também comportam diversidade de regimes, conforme sejam prestadores de serviço público ou exploradoras da atividade econômica.

Com efeito, é preciso distinguir as sociedades de economia mista e empresas públicas em duas distintas espécies, a saber, prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, pois o regime de uma e outra não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, não obstante sejam constituídas sob a forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcan-

çadas por estes preceitos com uma carga mais intensa do que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível. Deveras, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividades em tudo e por tudo equivalente em seus misteres típicos do Estado e dos quais este é senhor exclusivo.

Dessa forma, criadas como braços do Estado para a prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas de interesse público, as empresas estatais apresentam peculiaridades que se confundem com as dificuldades decorrentes do seu regime jurídico híbrido, haja vista a complexidade em controlar de maneira equivalente as empresas prestadoras de serviços públicos das que atuam no mercado e buscam, evidentemente, auferir lucro.

Convém ressaltar, ainda, que, não obstante a todas essas dificuldades da hibridez do regime jurídico (público e privado) e da natureza das ações desenvolvidas (prestação e serviços públicos ou exploração de atividade econômica), as estatais suportam a interferência política na indicação de pessoas sem qualificação ou formação técnica para cargos da alta direção, servindo como barganha ou moeda de troca para a governabilidade do presidencialismo de coalizão existente no país.

Como bem pontuado por Schirato (2015, p. 185-187),

A rigor, como se depreende da legislação societária (arts. 138 e seguintes da Lei n.º 6.404/76), a nomeação e a exoneração dos administradores de uma sociedade são livres. Contudo, daí não se pode depreender que qualquer indivíduo possa ser nomeado para administrar uma empresa estatal apenas em razão dos acordos políticos subjacentes ao exercício do poder de controle de referida empresa.

[...]

A influência política na gestão das empresas estatais é, certamente, o maior risco existente com relação à existência e ao funcionamento de tais empresas. É imperioso, para se garantir o funcionamento adequado de referidas instituições e a efetiva realização de suas atividades precípuas, que sua gestão seja empresarial, voltada à realização de seus objetivos sociais, e não à satisfação de meros interesses políticos, os quais, não raro estão a léguas de distância do interesse público efetivamente subjacente à existência da empresa estatal em questão.

Dentro desse cenário, o controle destinado às estatais necessitou de aprimoramento decorrente do incremento de suas atuações e da flexibilização de sua gestão em prol do atingimento

de sua função social, pois esse controle atrela-se à utilização por parte das estatais de recursos públicos, somado ao fato de que muitas dessas empresas, em algum momento, estão envolvidas em casos de corrupção (MARQUES NETO, 2010).

Para Zymler (2017, p. 365), a Lei n.º 13.303/2016 adveio “em um momento em que se põe em cheque a capacidade do Estado em administrar empresas públicas eficientemente, de forma a trazer o retorno para a sociedade que delas se espera”, concluindo assertivamente no sentido de que a norma visa a uma “guinada na administração dessas empresas de forma que venham efetivamente a atender o interesse público que as deve nortear”.

Neste contexto de dificuldades para controlar as empresas estatais e com fim precípua de cumprir o que determina o artigo 173, §1º, da Constituição Federal, ao dispor que a lei estabelecerá o estatuto jurídico das empresas estatais, mas também com vistas ao combate à corrupção e à improbidade administrativa, editou-se a Lei n.º 13.303, em 30 de junho de 2016, dispondo 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.

Reforçando a característica de que as estatais são mecanismos de descentralização estatal, a Lei n.º 13.303/2016 prevê que a função social da empresa estatal é a realização do interesse coletivo ou de atendimento a imperativo da segurança nacional expressa no instrumento de autorização legal para a sua criação³, buscando orientar por uma diretriz objetiva os dirigentes para a realização do atos de gestão ou mesmo quando da elaboração e implementação do seu planejamento estratégico (GUIMARÃES E SANTOS, 2016, p. 36), o que acentua, sobremaneira, a necessidade de controlar os fins para os quais a estatal foi criada.

Além de inovar ao dispor sobre a função social, a Lei foi adiante e traçou as premissas que compõem o conceito de interesse público da empresa estatal, sendo definido nos dizeres do artigo 8º, §1º, como o meio do alinhamento entre seus objetivos e as políticas públicas, na forma explicitada na carta anual, devendo ser observadas as razões que motivaram a sua criação.

Com efeito, resta assente, portanto, que, para controlar e fiscalizar a atual configuração das empresas estatais, os métodos existentes mostraram-se ineficientes. Não por outra razão, a Lei n.º 13.303/2016 contém significativo viés normativo direcionado

³ Art. 27 da Lei n.º 13.303/2016.

ao controle, à integridade e à transparência em âmbito interno, buscando produzir efeitos no plano da gestão e das contratações das empresas públicas e sociedades de economia mista (BRAGAGNOLI, 2017b).

Neste diapasão, a Lei das Estatais, com vigência plena desde em 1º de julho de 2018, ano em que se comemoram os 30 anos da promulgação da Constituição Federal, previu o controle dos atos administrativos com o uso de modernos instrumentos, instituindo o controle aos atos de gestão mediante o *compliance*, enquanto política de integridade, e a efetivação do controle social, por meio da transparência na administração, haja vista que, atualmente, instrumentos de controle do tipo *budgetting*, *auditing*, controles de gestão e controles internos de eficiência demonstram-se mais eficazes (GIANNINI *apud* ARAGÃO, 2017, p. 316).

2 O *compliance* e a sua compulsoriedade

A instituição de um programa de integridade pela Lei das Estatais introduziu no ordenamento jurídico uma pluralidade de mecanismos jurídicos que restringem severamente a autonomia dos governantes e, em especial, dos gestores na condução das atividades das empresas estatais.

O artigo 9º determina que a estatal adotará regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno, sendo esse o meio pelo qual o órgão fiscaliza sua própria atuação, visando a confirmá-la ou desfazê-la, e a Lei determinou que, caso inexistente, o controle interno deve ser implementado e, uma vez já criado, aperfeiçoado mediante regulamento próprio. Deve ser concreto e eficiente, abrangendo, “além da edição de normas, a capacitação plena dos recursos humanos e a implementação de mecanismos efetivos de fiscalização e aferição da compatibilidade das ações administrativas com a legalidade e economicidade” (GUIMARÃES E SANTOS, 2016, p. 284-285).

É, portanto, um controle qualificado e, para que atinja seu fim, “as estruturas e práticas devem ser incorporadas e disseminadas entre todos os recursos humanos da estatal”, já que há disciplina expressa e objetiva das regras e condições de “controle que são esperadas e exigíveis, sob pena de responsabilidade” (GUIMARÃES E SANTOS, 2016, p. 285) tanto do gestor quanto do empregado, e sua aferição será realizada mediante a designação de uma área responsável para esta verificação, conforme artigo 9º⁴.

Ainda sobre o controle interno, a Lei determinou a criação, caso ainda não exista, da auditoria interna e do Comitê de Auditoria Estatutário, além da elaboração do Código de Conduta e Integridade.

O Comitê de Auditoria Estatutário é um órgão auxiliar do Conselho de Administração, composto por de três a cinco membros com competência para opinar sobre a contratação e destituição de auditor independente; supervisionar as atividades dos auditores independentes, avaliando sua independência, a qualidade dos serviços prestados e a adequação de tais serviços às necessidades da empresa pública ou da sociedade de economia mista; supervisionar as atividades desenvolvidas nas áreas de controle interno, de auditoria interna e de elaboração das demonstrações financeiras da empresa pública ou da sociedade de economia mista; monitorar a qualidade e a integridade dos mecanismos de controle interno, das demonstrações financeiras e das informações e medições divulgadas pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista; avaliar e monitorar exposições de risco da empresa pública ou da sociedade de economia mista, podendo requerer, entre outras, informações detalhadas sobre políticas e procedimentos referentes à remuneração da administração; utilização de ativos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; gastos incorridos em nome da empresa pública ou da sociedade de economia mista; avaliar e monitorar, em conjunto com a administração e a área de auditoria interna, a adequação das transações com partes relacionadas; elaborar relatório anual com suas informações sobre as atividades, os resultados, as conclusões e as recomendações, registrando, se houver, as divergências significativas entre administração, auditoria independente e o Comitê em relação às demonstrações financeiras; avaliar a razoabilidade dos parâmetros em que se fundamentam os cálculos atuariais, bem como o resultado atuarial dos planos de benefícios mantidos pelo fundo de pensão, quando a empresa pública ou a sociedade de economia mista for patrocinadora de entidade fechada de previdência complementar⁵.

⁴ Art. 9º A empresa pública e a sociedade de economia mista adotarão regras de estruturas e práticas de gestão de riscos e controle interno que abranjam: I - ação dos administradores e empregados, por meio da implementação cotidiana de práticas de controle interno; II - área responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos; III - auditoria interna e Comitê de Auditoria Estatutário.

⁵ Lei n.º 13.303/2016, art. 24.

A instituição do Comitê de Auditoria Estatutário confirma a intenção do legislador em, nas palavras de Justen Filho (2016, p. 114), “estabelecer estruturas sucessivas e superpostas de controle e fiscalização da atuação das empresas estatais e de seus dirigentes e empregados” e, embora extenso o seu *hall* de competências, o estatuto de cada estatal pode majorar suas atribuições, e sua composição foi prevista no Decreto n.º 8.945/2016⁶, estipulando, entre outras normas de organização e funcionamento, que os membros devem possuir experiência profissional ou formação acadêmica compatível com o cargo (preferencialmente contabilidade, auditoria ou na área de atuação da estatal), além de fixar mandato de dois ou três anos, não coincidente para cada membro, admitida uma reeleição. Andou bem, indubitavelmente, a Lei ao impor critérios mínimos de habilitação para os membros deste colegiado.

É importante salientar que a inclusão do Comitê de Auditoria Estatutário nas disposições legais atende a uma orientação que já vinha sendo feita por parte do Tribunal de Contas da União, Acórdão 2.322/2015 e Acórdão 2.063/2016, ambos do Plenário, expressos ao determinar a instalação do comitê de auditoria, precedentes jurisprudenciais em consonância com a recomendação contida no Código das Melhores Práticas de Governança do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa⁷, com o objetivo de garantir a transparência e a adequada gestão das empresas estatais por intervenção do Comitê de Auditoria Estatutário, enquanto mecanismo de controle interno.

Por seu turno, o Código de Conduta e Integridade, insculpido no artigo 9º, §1º, da Lei das Estatais, é um elemento essencial, embora moderno, da estrutura do controle interno, devendo dispor sobre princípios, valores e missão da empresa pública e da sociedade de economia mista, bem como orientações sobre a prevenção de conflito de interesses e vedação de atos de corrupção e fraude; instâncias internas responsáveis pela sua atualização e aplicação; canal de denúncias que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas relativas ao seu próprio descumprimento e das demais normas internas de ética e obrigações; mecanismos de proteção que impeçam qualquer espécie de retaliação à pessoa que utilize o canal de denúncias; sanções aplicáveis em caso de violação às regras por ele transcritas; previsão de treinamento minimamente anual e

⁶ Artigo 39, §2º a §11.

⁷ Disponível em http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/codigo_MP_5edicao_web.pdf

periódico sobre suas disposições, destinado a empregados e administradores, e sobre a política de gestão de riscos, direcionada aos administradores.

Dentro do Código de Conduta e Integridade merece destaque o mecanismo de proteção ao denunciante, devendo resguardá-lo de retaliações de quaisquer espécies. O espírito da norma é estimular as denúncias de descumprimentos das determinações éticas institucionais, porém é mister frisar que a proteção deve ser direcionada ao denunciante de boa-fé, sob pena de frustrar a efetividade da proteção insculpida na Lei (JUSTEN FILHO, 2016, p. 116).

Portanto, por meio de um ambiente ético, reduz-se a disposição para desvios de condutas e formação de conluios, além de aumentar a propensão para denúncias, sendo conveniente acrescentar que a “alta administração deve entender e assumir que é o principal vetor de promoção da cultura ética e da integridade da organização por meio de suas ações e decisões” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2017), medida imposta pela Lei das Estatais em seu art. 14, inciso I⁸.

Em relação à auditoria interna, a Lei não inova em sua acepção, porém institui a sua competência e vinculação, quando, em seu artigo 9º, §3º, determina que será vinculada ao Conselho de Administração diretamente ou por meio do Comitê de Auditoria Estatutário, sendo responsável por aferir a adequação do controle interno, a efetividade do gerenciamento dos riscos e dos processos de governança e a confiabilidade do processo de coleta, mensuração, classificação, acumulação, registro e divulgação de eventos e transações, visando ao preparo de demonstrações financeiras.

Na vanguarda e de maneira compulsória, a Lei criou a área de *compliance*⁹, conceito que engloba a unidade responsável pela verificação de cumprimento de obrigações e de gestão de riscos¹⁰, devendo se reportar diretamente ao Conselho de Administração em situações em que se suspeite do envolvimento do diretor-presidente em irregularidades ou quando este se furtar à obrigação de adotar medidas necessárias em relação à situação a ele relatada.

⁸ Art. 14. O acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista deverá: I - fazer constar do Código de Conduta e Integridade, aplicável à alta administração [...]

⁹ Artigo 9º, §4º da Lei n.º 13.303/2016.

¹⁰ Lei n.º 13.303/2016, art. 9º, inciso II.

Convém destacar que a Lei Anticorrupção assegurou que violações ao patrimônio público ou contra os princípios da administração pública podem repercutir em responsabilização administrativa e/ou judicial, de modo que as empresas estatais já poderiam implementar práticas de integridade por ocasião da Lei n.º 12.846/2013, haja vista que essa legislação tem via dupla: as estatais compõem a administração pública enquanto sujeito passivo de atos lesivos, bem como são pessoas jurídicas de direito privado que também poderiam observar as boas práticas entabuladas pelo normativo, que já previa em seu art. 7º, inciso VIII, a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica como atenuante quando da aplicação de sanções.

Não se deve olvidar que foi por ocasião do Decreto n.º 8.420/2016 (art. 41), editado para regular a Lei Anticorrupção, que se definiu *compliance* como um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Acrescentem-se, ainda, as previsões do Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais¹¹ editado em dezembro de 2015 pela, à época, Controladoria Geral da União, com a finalidade de auxiliar na elaboração e manutenção de um padrão mínimo de *compliance* dirigido às estatais federais e que também estimulava a estruturação e implantação de padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercido, canais de denúncias adequados e suficientes e política de incentivo às denúncias e proteção aos denunciantes, monitoramento contínuo do programa de integridade visando ao seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência de atos lesivos, à semelhança do que a Lei das Estatais previu, conforme alhures exposto.

Com efeito, a previsão de *compliance* atrelada às definições da Lei Anticorrupção, ainda em 2013, buscava, conforme afirma Hijaz (2016), “incentivar as empresas a investir em políticas de

¹¹ Disponível em http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/guia_estatais_final.pdf

controle interno para cumprimento de normas e regulamentos, a fim de mitigar riscos, evitando, assim, o comprometimento da instituição com condutas ilícitas", além de fortalecer sua "imagem perante da sociedade em geral e, em especial, diante de seus consumidores clientes, parceiros e colaboradores" (SANTOS JR.; PARDINI *apud* HIJAZ, 2016).

No cotejo com a legislação anticorrupção e orientação da Controladoria Geral da União, percebe-se que a Lei n.º 13.303/2016, ainda que se reconheça a importância e relevância do tema para a gestão, atuação e controle das empresas estatais, apenas tornou o *compliance* compulsório, considerando que as regras gerais estão postas na Lei n.º 12.846/2013 e, mais objetivamente, após o Decreto n.º 8.420/2015, usadas como fonte subsidiária à legislação em comento, não criando, portanto, um sistema de integridade especialmente moldado para as boas práticas das empresas estatais, o que está a cargo do estatuto de cada organização.

É imperioso ressaltar a necessidade da autorregulação do *compliance* no âmbito interno de cada organização, haja vista que os requisitos gerais trazidos pelo art. 42 do n.º 8.420/2015 não são contemplados integralmente nas disposições da Lei das Estatais, que expressamente replica a necessidade do comprometimento da alta direção, a elaboração de código de ética e programa de integridade, realização de treinamentos periódicos, a independência do órgão responsável pelo *compliance*, a existência de canal de denúncia e proteção ao denunciante, as medidas disciplinares e o monitoramento do programa de integridade, previstos nos incisos I, II, III, IV, IX, X, XI, e XV do artigo referido, sendo basicamente relacionados às disposições do Código de Conduta Ética e Integridade e às competências do Comitê de Auditoria Estatutário.

Oportunamente, registro que, muito embora o art. 40¹² disponha sobre os elementos essenciais do regulamento interno de licitações e contratos, a Lei n.º 13.303/2016 perdeu a valorosa oportunidade de prever, como elemento obrigatório do *compliance*, procedimentos específicos para prevenir fraudes e

¹² Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a: I - glossário de expressões técnicas; II - cadastro de fornecedores; III - minutas-padrão de editais e contratos; IV - procedimentos de licitação e contratação direta; V - tramitação de recursos; VI - formalização de contratos; VII - gestão e fiscalização de contratos; VIII - aplicação de penalidades; IX - recebimento do objeto do contrato.

ilícitos no âmbito de processos licitatórios e na execução de contratos administrativos, à semelhança do que dispõe o art. 42, VIII do Decreto n.º 8.420/2015, dado que, sem embargo, são nessas relações que se desenvolvem desvios éticos, práticas antidemocráticas e antieconômicas, sendo, por vezes, berço da corrupção e da improbidade nas empresas estatais.

Reconhece-se, no entanto, que, embora a Lei Anticorrupção e seu Decreto tenham inserido no arcabouço jurídico pátrio os parâmetros de um programa de integridade, seu atendimento se configurava meramente como atenuante em uma eventual imposição de multa decorrente de ação fraudulenta, possuindo menos característica de controle e mais natureza jurídica de causa de diminuição de pena, ao passo que a Lei das Estatais elevou o *compliance* ao nível de controle interno essencial, verificado não após a realização dos eventos danosos, mas *a priori* da prática de todo e qualquer ato, administrativo ou de gestão.

A função primordial do programa de integridade é a de “garantir que a própria pessoa jurídica atinja a sua função social, mantenha intactas a sua imagem e confiabilidade e garanta a própria sobrevivência com a necessária honra e dignidade” (PLETI E DE FREITAS, 2016).

Portanto, para que a estatal atinja esse objetivo, é necessária a existência do *compliance*, firmado em um sistema de controle interno, permeado por procedimentos de integridade, auditoria, voltado à aplicação de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, não sendo apenas um simples dever de cumprir leis e regulamentos (ROCHA, 2015). Para tanto, a Lei das Estatais determinou o prazo de 24 meses¹³ para elaboração de normas, regulamentos e estatuto, que contemple à sua estrutura organizacional a área de *compliance*, responsável pelo programa de integridade, monitoramento dos riscos e zonas sensíveis, visando à detecção e prevenção de fraudes.

É sob essa perspectiva de alcance do programa de integridade que as estatais deverão elaborar seus regimentos, à medida que a instalação e o funcionamento de um sistema de *compliance* tornam mais eficiente a gestão de riscos, protegendo a reputação e imagem da empresa por meio da disseminação de uma cultura de honestidade.

Nessa esteira, a doutrina já proclama que toda sorte de auditorias pode ser feita pelos órgãos de controle perante as esta-

¹³ Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

tais juntamente “com os mecanismos de controle levados a cabo pela necessidade de as empresas estatais efetivarem seu *programa de integridade (programa de compliance)*” (PEREIRA JUNIOR, 2018, p. 675).

O programa de integridade, destarte, visa a prevenir e detectar as práticas indevidas, tornando a gestão mais profissional, qualificada, afastada da corrupção e de outros embaraços éticos institucionais, baseado no desenvolvimento das atividades das empresas estatais pautado na conformidade das regras, das normas e dos procedimentos.

Registre-se, outrossim, que, sob a perspectiva de mecanismos de efetivação de controle social, o *compliance* é uma prática sistemática de aderência à lei e às boas práticas, inclusive as normas internas, facilitando o controle e evitando que desvios possam ocorrer, nos termos delineados por Heinen (*apud* PEREIRA JUNIOR, 2018, p. 675).

Não é despidendo aduzir que a imposição de elaboração de um programa de integridade para cada estatal é medida contemporânea de controle, há tempos já utilizada na iniciativa privada de maneira voluntária, não apenas para evitar abusos e ingerências, mas também como instrumento de mapeamento de riscos e áreas sensíveis.

A estruturação de um sistema de integridade particular de cada estatal é salutar, tendo em vista que, como já demonstrado alhures, as empresas estatais são classificadas pela natureza da atividade, não tendo o mesmo peso, por exemplo, a conduta ilícita de divulgação de segredo de empresa, para as empresas que prestam serviços públicos e para as que exploram atividade econômica, considerando que os interesses protegidos são diferentes, o público e o privado, respectivamente.

Não se afasta o reconhecimento da supremacia do interesse público, mas há que se ponderar que os danos empresariais às estatais que atuam no mercado podem ser mais irreversíveis no campo financeiro e orçamentário do que um desgaste político. São essas peculiaridades que cada estatal deve ter em conta ao elaborar o seu programa de integridade, adequando seu sistema à atividade que desempenha.

É, portanto, indiscutível a capacidade do *compliance* em prevenir e combater a corrupção na condução das empresas estatais, historicamente comandadas por designações político-partidárias, sendo certo que a compulsoriedade imposta pela legislação decorre da incidência, especialmente, da moralidade administrativa e da imposição de uma governança corporativa atrelada aos princípios do art. 37 da Constituição Federal.

3 A efetivação do controle social por meio da transparência

Além do *compliance* como forma de controle, a Lei das Estatais instituiu o controle social, à medida que impôs regras de transparência, merecendo destaque a coincidência da vigência plena da Lei das Estatais dar-se em 2018, ano em que se comemora o trintenário da promulgação da nossa Constituição Federal, que é incólume ao atribuir o poder ao povo, seu legítimo titular, nos termos do §1º do art. 1º.

Sob esta ótica, o controle social é a participação do cidadão na gestão pública, servindo esta fiscalização como mecanismo de prevenção à corrupção e fortalecimento da cidadania. É mais um meio de monitoramento aos sistemas de controle existentes, sendo certo que, não obstante ser imprescindível para o Estado Democrático de Direito, sua efetivação decorreu, mais objetivamente, quando da edição da Lei de Acesso à Informação.

Há que se acrescentar, por oportuno, que o controle social só será efetivo e capaz de surtir efeitos enquanto instrumento atual de controle, se se dispuser ao cidadão dados e informações para que sejam realizados a contento a fiscalização e o monitoramento dos atos administrativos e de gestão.

Somente com a participação do cidadão será possível um controle ativo dos recursos públicos, de modo a garantir a adequada utilização do orçamento disponível, e a participação eficiente da sociedade civil se desenvolverá à medida que as ações governamentais forem mais transparentes e as informações prestadas em linguagem acessível (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2012), ressaltando, que a transparência das informações de natureza estratégica é mitigada pelo art. 23, §3º da Lei das Estatais¹⁴.

Em consonância com as determinações da Lei de Acesso à Informação, Lei n.º 12.527/2011, a Lei das Estatais (art. 8º) garantiu como requisitos mínimos de transparência elaboração de carta anual; a adequação de seu estatuto social à autorização legislativa de sua criação; divulgação tempestiva e atualizada de informações relevantes; elaboração e divulgação de política de divulgação de informações; elaboração de política de distribuição de dividendos; divulgação, em nota explicativa às demonstrações financeiras, dos dados operacionais e financei-

¹⁴ Excluem-se da obrigação de publicação a que se refere o § 2º as informações de natureza estratégica cuja divulgação possa ser comprovadamente prejudicial ao interesse da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

ros das atividades relacionadas à consecução dos fins de interesse coletivo ou de segurança nacional; elaboração e divulgação da política de transações; ampla divulgação, ao público em geral, de carta anual de governança corporativa e a divulgação anual de relatório integrado ou de sustentabilidade.

Nessa toada, a Lei das Estatais revestiu-se dos conceitos trazidos pela Lei de Acesso à Informação, considerando que a natureza e a finalidade da publicidade dos atos se dão “com vistas a promover a transparência republicada e possibilitar o controle social e jurídico sobre as ações governamentais” (ARAGÃO, 2017, p. 206).

Guardando íntima relação com o desafio exposto alhures de controlar os resultados que as estatais devem atingir e não apenas a formalidade e/ou legalidade dos seus atos (BRAGAGNOLI, 2017a), a Lei em apreço apresentou o plano de negócios e estratégia de longo prazo, perfazendo a concretização da atividade de planejamento e o desenvolvimento do controle sobre a efetiva consecução do estabelecido.

O plano de negócios tem conteúdo específico e concreto, constitui o ato que orientará a atuação da empresa estatal no curto prazo, com vigência exclusiva para cada exercício¹⁵. Já a estratégia de longo prazo tem previsões abrangentes e horizonte mais amplo, com vigência mínima de cinco anos subsequentes à sua elaboração¹⁶, dando ênfase na definição de diretrizes e dos objetivos gerais da empresa, os quais nortearão a elaboração do planejamento de curto prazo e serão implementados a partir do plano de negócios.

Estabelecendo elementos que conduzirão a atuação das empresas estatais, o planejamento revela-se como instrumento de controle das atividades desenvolvidas e torna o próprio controle mais eficaz, especialmente o controle social, “tendo em vista que o planejamento termina por exteriorizar as consequências almejadas com a medida administrativa, possibilitando que os interessados cobrem o cumprimento das metas traçadas” (MARQUES NETO *et al apud* JUSTEN FILHO, 2016, p. 224).

Resta evidente que a intenção da Lei, ao criar o planejamento estratégico como forma de controle, visa a submeter a atuação dos gestores a controles pautados por parâmetros jurídicos, mas também por resultados práticos, exigíveis precisamente porque foram considerados possivelmente atingíveis em razão da programação realizada.

¹⁵ Artigo 23, §1º, inciso I, Lei n.º 13.303/2016.

¹⁶ Artigo 23, §1º, inciso II, Lei n.º 13.303/2016.

Assim, indiretamente, ambos os institutos anteriormente referenciados compõem, também, elemento de viabilidade do controle social decorrente da transparência de planos e metas, haja vista que, sabendo o que se pretende fazer, é mais fácil cobrar o que não foi realizado, não sendo outra a preocupação senão a eficiência e eficácia na gestão e no uso dos recursos públicos, como asseverado por Bragagnoli (2017a).

Essa “prestação de contas” por intermédio da divulgação do planejamento estratégico também é reconhecida como elemento de validação do controle social pelo Tribunal de Contas da União (2017), que, sobre a gestão administrativa, já discorreu que

Mais importantes ainda são os resultados obtidos nas atividades finalísticas. São essas que justificam o propósito da organização. Os principais objetivos e indicadores devem ser tornados públicos, bem como as respectivas metas definidas, prazos e os resultados alcançados. O objetivo é permitir que o controle social acompanhe o desempenho das atividades da organização e, assim, saber se a sua função está sendo cumprida adequadamente.

Acrescente-se, ainda, que, demonstrando conhecimento inequívoco sobre a importância do controle social para o desenvolvimento de uma nação, a Lei n.º 13.303/16 previu de maneira expressa e inovadora em seu Capítulo III a possibilidade de as empresas estatais serem fiscalizadas pela sociedade, sendo certo aferir que o combate à corrupção não há de ser fruto de mera produção normativa, mas, sim, de um resultado da aquisição da consciência democrática, aliada à participação popular, permitindo, assim, a contínua fiscalização das instituições públicas.

A Lei em comento traz uma série de previsões no sentido de determinar às estatais a ampla divulgação de seus atos, sintetizando as condutas que devem ser publicadas em informações relativas a licitações e contratos, inclusive aqueles referentes a bases de preços (artigo 86); as demonstrações contábeis auditadas da estatal, inclusive em formato eletrônico editável (artigo 86, §1º) e informação mensalmente atualizada e completa sobre a execução de contratos e orçamento (artigo 88).

Sobre a divulgação dos atos de gestão,

Permitir que terceiros observem as decisões da alta administração e acompanhem os resultados da gestão contribuirá para que a própria organização reveja os seus processos antifraude e anticorrupção, iden-

tificando os aspectos que precisam ser melhorados (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2017).

Ao fim e ao cabo, o Estado é formado pela Sociedade, sendo a economia estatal decorrente do orçamento público, composto, outrossim, pelos impostos pagos por todos e, nessa condição, a gestão do patrimônio público deve ser fiscalizada e as contas avaliadas sempre que necessário.

Percebe-se que, com a publicidade requerida pela Lei, o controle social fica mais fácil de ser realizado, à medida que se tem acesso aos atos praticados, fins atendidos e custos envolvidos, não havendo a necessidade de que o cidadão – aqui compreendido como qualquer indivíduo interessado – busque os dados, vez que muito conteúdo já contém a imposição legal de ser publicado e garantido o acesso, facilitando a fiscalização da sociedade que pode, inclusive, adotando o instituto da representação, noticiar situação irregular ao Tribunal de Contas ou ao sistema de controle interno, visando à sua apuração e verificação de conformidade, nos termos do art. 87 da Lei das Estatais.

Assim, como salientado por Justen Filho (2015, p. 90), tanto a legitimidade quanto a validade “dos atos estatais não dependem da participação efetiva e real de cada cidadão. Mas somente haverá legitimidade e validade quando a disciplina jurídica não excluir essa participação”, sendo complementado com o valor da publicidade determinada pela Lei, Pereira Junior acrescenta que

Os mecanismos de transparência e disponibilização de informações em meio eletrônico acerca da gestão, execução do orçamento e contratos celebrados pelas empresas estatais tendem a possibilitar que o controle social se dê de modo mais efetivo (2018, p. 677).

Neste norte, a participação popular na gestão pública é corolário do Estado Democrático de Direito e, com base nos direitos e nas garantias fundamentais da nossa Constituição, para que funcione como tal, é mister valorizar a integração entre a sociedade e a Administração Pública (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2012), cada vez mais conectada por meio da internet.

Portanto, a disponibilização dos dados aproveita todo o potencial virtual à disposição de todos, especialmente ante a possibilidade de cruzamento de informações e acesso praticamente em tempo real, motivo pelo qual os bancos de dados abertos à consulta pública vêm ganhando espaço e o governo se

tornando eletrônico, estreitando a relação entre Estado e Sociedade por meio da rede mundial de computadores, concretizando de maneira ampla e adequada a transparência administrativa suso referida, mediante o progresso tecnológico.

O Tribunal de Contas da União (2017) também revela esse entendimento quando reconhece que

O objetivo de se buscar a transparência é instrumentalizar o controle social. Isso faz com que qualquer pessoa em qualquer lugar possa ser um fiscal da gestão pública. Os ambientes transparentes dificultam que os desvios prosperem, pois elevam a probabilidade de que as ocorrências de fraudes e corrupções sejam identificadas. [...] A internet deve ser o principal meio de divulgação das informações. Os sítios em que estiverem disponíveis as informações devem, também, oferecer a informação no formato de dados abertos, o que significa permitir que as informações não sejam só pesquisáveis, mas também exportáveis em arquivos. Com esse tipo de formato, amplia-se o controle social, pois se permite que pesquisadores, imprensa, sociedade civil organizada e qualquer interessado controlem a gestão a partir das informações brutas, desenvolvendo novos relatórios, aplicações e sistemas de controle social.

A partir da edição da Lei de Acesso à Informação, inseriu-se no mundo jurídico a transparência administrativa, tendo como característica irreversível a divulgação dos atos administrativos, sendo contemporaneamente inadmissível “pensar em Estado Brasileiro senão com a possibilidade de se ter um amplo acesso e conhecimento os interessados às informações os órgãos e entes estatais” (MIRAGEM *apud* PEREIRA JUNIOR, 2018, p. 681), havendo o incremento da transparência como elemento qualificador das informações publicadas.

É pujante a relevância da evolução que a Lei n.º 13.303/2016 trouxe em relação ao controle das empresas estatais, notadamente a inclusão do controle social como meio de garantir gestões mais probas e cada vez mais afastadas de atos de corrupção, haja vista que a sociedade é a maior interessada na boa aplicação dos recursos públicos, pois, além de diretamente beneficiada, é sua única financiadora.

A Lei, ao insculpir condições mínimas de publicidade, permitiu que o administrado tenha acesso às informações necessárias para que desempenhe o seu legítimo papel fiscalizador, sendo inegável admitir que o controle social, mas não apenas este, só é efetivo com a correta obtenção de dados, mediante publi-

cação idônea que permita o conhecimento sobre a condução das estatais, o que confirma as palavras de Louis Brandeis sobre o valor inestimável da transparência ao afirmar que “o melhor desinfetante é a luz do sol”.

Conclusão

O Direito Administrativo é disciplina dinâmica, que acompanha a evolução do Estado de Direito e deve ser alinhado com os princípios que regem a democracia moderna, razão pela qual está em busca de novos métodos de controle, deixando de lado mecanismos burocráticos e formalistas, avançando para encontrar instrumentos de controle finalísticos de eficiência que consigam aferir a implementação prática dos atos da Administração Pública (ARAGÃO, 2017, p. 315).

As empresas estatais, em razão de seu destacado papel na sociedade contemporânea, demandaram inovações no seu sistema de controle, visando não apenas à observância da legalidade e formalidade dos atos administrativos, mas também à devida apresentação de resultados satisfatórios no desempenho da atividade para a qual foi criada, mediante uma gestão qualificada e com aplicação eficiente de recursos públicos.

Com escopo de atender a este anseio de probidade e com fulcro em cumprir o artigo 173, §1º, da Constituição Federal de 1988, foi publicada a Lei n.º 13.303/2016, a qual instituiu 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.

O controle administrativo das estatais ainda é um desafio a ser superado pelo Estado de Direito, porém a Lei n.º 13.303/2016 apresenta um avanço significativo para o sistema de fiscalização e controle, tendo as suas exigências de transparência, governança corporativa e estruturas práticas de controle elencadas ao longo do presente estudo, potencial para ampliar a regularidade na atuação das empresas estatais, seja pela possibilidade de acompanhamento e fiscalização pela sociedade, seja pelo controle dos órgãos internos e externos, permitindo que essas entidades sejam utilizadas efetivamente para a consecução do fim público para o qual foram criadas e não como balcão para negociação de cargos políticos.

Sem embargo, não pairam dúvidas que, não obstante todos os relevantes assuntos relacionados ao controle administrativo trazidos pela Lei n.º 13.303/2016, a instituição do programa de integridade e a transparência enquanto meios modernos de contro-

le, efetivando assim a fiscalização pela sociedade e a autofiscalização, são os maiores avanços jurídicos a serem comemorados com o advento do Estatuto Jurídico das Empresas Estatais, não apenas por refletir as intenções do constituinte originário, mas também por legitimar o Estado Democrático de Direito.

Resta demonstrado que a Lei n.º 13.303/2016 decantou com refinamento vanguardista as disposições da Lei Anticorrupção e da Lei de Acesso à Informação quando determinou, de maneira compulsória, a instituição de um sistema de *compliance* e a necessidade de transparência na publicidade dos atos administrativos, trazendo efetividade à participação popular no acompanhamento e controle da gestão pública, respectivamente, além de detalhar a imperiosidade de um programa de integridade visando à disseminação institucional da ética e moralidade.

Evidentemente, ainda é cedo para afirmar que a Lei das Estatais atingirá seu fim de mitigar, quiçá acabar, com casos de abuso, má gestão e corrupção na Administração Pública, mas é inegável admitir que sua edição foi um passo relevante de combate à corrupção, buscando maior probidade dos atos administrativos praticados pelas empresas estatais.

Referências

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista**. São Paulo: Forense, 2017.
- BEMQUERER, Marcos. **O regime jurídico das empresas estatais após a Emenda Constitucional n.º 19/98**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BRAGAGNOLI, Renila. **A Lei n.º 13.303/2016 e o moderno controle das empresas estatais**. Anais do SEMINÁRIO INTERNACIONAL EN CULTURA DE LA LEGALIDAD: "LOS DESAFIOS DEL ESTADO DE DERECHO EN EL SIGLO XXI". Madri, 2017a. Disponível em <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/25666/lei_lacerda_SICL_2017.pdf?sequence=1>. Acesso em: mai. 2018.
- _____, Renila. **A Lei n.º 13.303/2016 e o (velho) compliance das empresas estatais**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, n. 5228, 24 out. 2017b. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61227>>. Acesso em: mai. 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GUIMARÃES, Edgar; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Leis das Estatais: Comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei n.º 13.303/2016 – Leis das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HIJAZ, Tailine Fátima. **A importância do *compliance* para a efetivação de medidas anticorrupção no contexto da sociedade de risco e do Direito Penal Econômico.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 15 – n. 48, p. 155-190 – jul./dez. 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed: RT, 2015.

_____, Marçal (org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais. Lei n.º 13.303/2016 – Lei das Estatais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública.** Fórum de Contratação Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=66621>> Acesso em: fev. 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Sociedades mistas, empresas públicas e regime de direito público.** Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul. 2007. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=197>> Acesso em: jul. 2018.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres *et al.* **Comentários à Lei das Empresas Estatais. Lei n.º 13.303/2016.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PLETI, Ricardo Padovini; DE FREITAS, Paulo César. **A pessoa jurídica de direito privado como titular de direitos fundamentais e a obrigatoriedade de implementação dos sistemas de “compliance” pelo ordenamento jurídico brasileiro.** XXIV Encontro Nacional do CONPEDI – UFS Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio, p. 75-95. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/o9e87870/OS7Xu8317c851IGQ.pdf>> Acesso em: mar. 2018.

ROCHA, Sílvia Luís Pereira da. **Responsabilidade Objetiva da pessoa jurídica na Lei n.º 12.846,** de 1º de agosto de 2013. Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF, Belo Horizonte, ano 4, n. 7, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=236153>> Acesso em: fev. 2018.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As empresas estatais no Direito Administrativo Econômico Atual.** São Paulo: Saraiva, 2016.

UNIÃO, Controladoria Geral da. **Controle Social Orientações aos cidadãos para participação na gestão pública e exercício do controle social.** Coleção Olho Vivo. Brasília: 2012. Disponível em <<https://www.cgu.gov.br/Publicacoes/controle-social/arquivos/controlesocial2012.pdf>>. Acesso em: abr. 2018.

UNIÃO, Tribunal de Contas da. **Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública**. Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2017.

ZYMLER, Benjamin. Considerações sobre os procedimentos de licitação da Lei n.º 13.303/2016. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.) **Estatuto jurídico das estatais: análise da Lei n.º 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Grupo econômico e solidariedade tributária

Letícia Maracci Spanhe da Silva

Advogada no Rio Grande do Sul

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise e abordagem da responsabilidade solidária tributária dos grupos econômicos, sendo analisadas as hipóteses de responsabilidade tributária previstas no CTN e suas limitações para a imputação, com maior ênfase em situações que dão ensejo à solidariedade tributária. Ainda, são examinados as características e os pressupostos dos grupos econômicos, analisando sua autonomia patrimonial e as relações internas. Por fim, é analisada a jurisprudência do STJ quanto à imputação da responsabilidade tributária solidária aos grupos econômicos, bem como quais situações permitem a desconsideração da personalidade jurídica.

Palavras-chave: Grupo econômico. Autonomia da personalidade jurídica. Responsabilidade solidária tributária. Interesse comum.

ABSTRACT

The objective of this article is to analyze and approach the fiscal solidarity responsibility of economic groups, analyzing the hypotheses of tax liability foreseen in the CTN and its limitations for imputation, with greater emphasis on situations that give rise to tax solidarity. Also, the characteristics and the assumptions of the economic groups are examined, analyzing their autonomy of property and internal relations. Finally, the case law of the Superior Court of Justice (STJ) is analyzed regarding the imputation of joint tax liability to economic groups, as well as which situations allow for the disregard of legal personality.

Keywords: Economic group. Autonomy of legal personality. Solidary tax liability. Common interest.

Introdução

O presente artigo pretende abordar o tema da solidariedade tributária em relação aos grupos econômicos, sendo feita uma análise de quando os componentes do grupo econômico tor-

nam-se responsáveis pelos débitos tributários de obrigações nascidas de fato realizado por um dos membros do grupo, ou seja, busca estudar o fundamento para que ocorra a desconconsideração de personalidade jurídica ante a obrigação tributária.

Propõe-se explanar sobre os limites da responsabilidade tributária, bem como a definição e os pressupostos da responsabilidade tributária solidária.

Na sequência, são analisados o conceito, a formação e as características dos grupos econômicos, com maior enfoque para as relações internas do grupo, ou seja, como as empresas que compõem o grupo econômico se organizam, demonstrando a autonomia empresarial de cada empresa-membro do grupo econômico e como, em situações normais, uma empresa não detém interesse no fato gerador provocado por outra.

O enfoque do estudo é em relação à tentativa da Fazenda Pública, na pretensão de satisfazer o crédito tributário, direcionar a cobrança do tributo ao patrimônio dos demais membros do grupo econômico, sob o fundamento de que há presunção de solidariedade tributária entre os membros do grupo econômico, com o argumento de que esses detêm interesse comum no fato gerador, como previsto no artigo 124, I do Código Tributário Nacional, o qual dispõe sobre a reponsabilidade tributária decorrente da solidariedade. Sendo assim, o Fisco sustenta que a personalidade jurídica deve ser desconconsiderada, para que todos aqueles que compõe o grupo econômico respondam pela obrigação tributária decorrente do fato gerador realizada por um dos membros.

Contudo, a análise pretende demonstrar a falta de razoabilidade em tal fundamento do Fisco, sendo por meio de jurisprudência e entendimento doutrinário, estabelecendo a diferença entre interesse comum e jurídico, e qual deles faz com que o grupo tenha influência sobre o fato gerador do tributo, por consequência, seja responsável tributário, bem como situações que ensejam a desconconsideração da personalidade jurídica, as quais não devem ser confundidas com a responsabilidade tributária decorrente da solidariedade.

Com o artigo, ficará demonstrada a pertinência da presente análise em razão da importância dos grupos econômicos no cenário empresarial e, portanto, a necessidade de garantir a segurança jurídica nas suas relações, tendo em vista que a imputação de débito aos membros não contribuiram para o fato gerador, causa grande instabilidade nas relações dos grupos de sociedades.

1 Solidariedade tributária

1.1 Conceito

A obrigação será solidária quando puder ser reclamada por qualquer dos credores ou adimplida por qualquer dos devedores. Conforme Silvio Venosa (2014, p.107-108), a solidariedade é modalidade especial de obrigação, a qual possui dois ou mais sujeitos, ativos ou passivos, e que, mediante uma obrigação divisível, pode cada credor demandar e cada devedor satisfazer a totalidade da obrigação, extinguindo a obrigação em relação aos outros, como disposto no art. 264 do Código Civil: “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Leciona Arnaldo Rizzardo (2009, p. 235) que não é admissível solidariedade sem motivo, quando a lei ou a jurisprudência consagra a obrigação solidária passiva, ocorre em razão de alguma participação, mesmo que ténue ou indireta, entre todos os sujeitos passivos. Nesses termos, afirma “É que, entre os devedores, há um vínculo que obriga cada um deles a cumprir totalmente a dívida”.

Cabe ressaltar que a solidariedade não se presume, devendo decorrer das vontades das partes ou de previsão legal, como disposto no art. 265 do Código Civil: “A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes”.

1.2 Solidariedade no Código Tributário Nacional

O Código Tributário Nacional estabelece que são solidariamente responsáveis aqueles que detêm interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal e as pessoas, expressamente, designadas por lei, nos seguintes termos:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Conforme o inciso I, é o interesse comum que define a solidariedade entre os devedores. Nos casos em que se enquadram nesse dispositivo, não há necessidade de lei que o reitere. De acordo com Leandro Paulsen (2017, p. 209), detêm interesse co-

num aqueles que figuram conjuntamente como contribuinte. No mesmo sentido, afirma Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 381) que o interesse comum dos participantes no fato gerador não representa um dado satisfatório para definição do vínculo da solidariedade.

Igualmente, entende Ives Gandra Martins (2016, p. 136)

A expressão “interesse comum” não pode ser entendida como alusiva a qualquer tipo de interesse [...] . O interesse a que se refere, é o interesse material e vinculado à operação, isto é, aquele que resulta em benefício pecuniário, gerando obrigações tributárias a serem cumpridas.

O interesse comum só pode ser examinado em cada caso, ou seja, não cabem presunções criadas por lei. Ensina Hugo de Brito Machado (2010, p. 154) que o interesse comum capaz de gerar responsabilidade solidária não é um interesse meramente de fato, mas sim um interesse jurídico, o qual decorre de uma situação jurídica.

Ademais, cabe salientar que a responsabilidade tributária é subsidiária, ou seja, só haverá solidariedade quando houver descumprimento por parte do contribuinte principal. Além do mais, segundo Luciano Amaro (209, p. 316), o interesse comum no fato gerador estabelece uma posição comum para os devedores solidários, ocupando ambos o binômio Fisco-contribuinte.

Ainda, entende o autor retromencionado que nas obrigações solidárias, diferentemente da obrigação decorrente da sucessão, não se pode falar em substituição ou transferência, sendo identificado o devedor solidário que o devedor principal as afaste da relação. Portanto, ocorre a extensão da subjetividade passiva, figurando no polo passivo da relação dois ou mais contribuintes (AMARO, 2019, P. 309).

Por conseguinte, as empresas de um grupo econômico, objeto do presente artigo, desvinculadas em suas ações, atos ou fatos geradores de tributos, não estão sujeitas à solidariedade, conseqüentemente, não cabe o redirecionamento de dívida tributária ou execução fiscal, assim compreende Ives Gandra Martins (2016, P. 136). Ainda, afirma que a vinculação só pode decorrer nas hipóteses de responsabilidade previstas nos art. 128, 134 e 135 do CTN.

Já em relação ao inciso II do art. 124, há a possibilidade e necessidade de o legislador estabelecer as demais situações de solidariedade tributária, isto é, outros interesses que ensejam a responsabilidade tributária. No tocante a essa modalidade de

solidariedade, devem ser aplicadas todas as limitações dispostas no art. 128 do CTN.

Sendo assim, é necessária a atribuição de maneira expressa do encargo tributário à terceira pessoa, não sendo necessária, apenas, a materialidade do tributo. Conforme o art. 128 do CTN

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

O artigo citado consubstancia duas ideias, quais são: a que a responsabilidade tributária é aquela estabelecida no capítulo e que o legislador pode estabelecer outros tipos de responsabilidade a terceiro não dispostas no capítulo. Contudo, a expressão “sem prejuízo do disposto neste capítulo” deve ser interpretada como a impossibilidade da lei determinar alguma forma de responsabilidade em conflito com a determinada no CTN.

Assim entende Ives Gandra Martins (2016, p. 137): “Isso vale dizer que a responsabilidade não prevista pelo capítulo pode ser objeto de lei, não podendo, entretanto, a lei prever nenhuma responsabilidade que entre em choque com os art. 128 a 138”.

Ainda, o artigo estabelece que a atribuição da responsabilidade deve ser feita pela lei de modo expresso à terceira pessoa, ou seja, segundo Ives Gandra Martins (2016, p. 137), “a escolha de um terceiro somente pode ser feita se clara, inequívoca e cristalinamente exposta na lei”.

No mesmo sentido, entende Leandro Paulsen (2017, p. 211), o qual afirma que a atribuição de responsabilidade tributária a terceiro jamais será presumida ou implícita, devendo sempre decorrer de dispositivos do CTN ou da legislação ordinária. Em outros termos, além da norma tributária estabelecendo os tributos e a sujeição passiva, há a norma específica determinando a responsabilidade. Nessa senda, o STF¹: “A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios”.

¹ STF. Tribunal Pleno, rela. Mina ELLEN GRACIE, RE 562276, 2011.

Consoante Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 382), a competência tributária prevista na Constituição é obstáculo para que o legislador, ao dispor sobre a regra matriz de incidência tributária, traga para o polo passivo da relação alguém que não tenha participado da ocorrência como fato gerador. Nesse caso, falta competência constitucional para trazer para o polo passivo da relação Fisco-contribuinte pessoa alheia ao acontecimento objeto da incidência tributária.

2 Grupo econômico

2.1 Definição e características

Grupo Econômico é a união de esforços entre as sociedades que o integram com o objetivo de facilitar o desenvolvimento das atividades empresárias. De acordo com Alexandre Macedo Tavares (2015, p. 25), com o propósito de maximizar os lucros mediante a redução de custos e o crescimento da produtividade, a atividade empresarial tem vivido o fenômeno de aglutinação das empresas.

Assim entende Tomazette (20041, p. 466):

Os grupos societários podem apresentar inúmeras vantagens, para as sociedades envolvidas, como por exemplo, o aumento da produtividade dos membros, o aumento da capacidade de comercializar e distribuir em grande quantidade seu produtos, o aumento do lucros, a redução dos custos de produção (...).

Segundo Munhoz (GUERREIRO, 2013, p. 271), o grupo econômico necessita que seus membros tenham algo em comum, o qual resulta na organização da atividade econômica. Dessa forma, é possível observar o interesse do grupo, o qual difere do interesse de cada sociedade que o compõe.

Conforme Modesto Carvalhosa (2016 p. 1042), diferencia-se o sistema de coligação e de controle do de concentração de empresas por meio de grupos convencionais de direito. Neste último, existe convenção que possibilita o estabelecimento de uma política empresarial comum, a qual envolve todas as sociedades que o compõem, perdendo sua individualidade estratégica e administrativa, ainda que conservem sua personalidade jurídica. Nesses termos, estabelece o art. 265 da Lei das S/A

A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a

combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.

Segundo José Edwaldo Borba (2018, p. 538), o grupo de direito deve se constituir por meio de uma convenção ou contrato, no qual é necessário constar os fins almejados, os recursos que serão combinados, as atividades a serem empreendidas em comum, as relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e as condições de coordenação ou de subordinação dos administradores das sociedades participantes. Além disso, afirma que a sociedade controladora deve ser brasileira. Contudo, o controle dessa sociedade não precisa estar no Brasil, o que deve ser declarado.

Leciona Ricardo Negrão (2017, p. 526) que somente após o registro na Junta Comercial da convenção de constituição de grupo é que será legalmente considerado constituído, sendo possível utilizar a expressão “grupo”. Ainda, sustenta que os administradores das sociedades que participam do grupo de direito devem seguir a orientação geral estabelecida, bem como as instruções expedidas pelos administradores eleitos, desde que não importem violação da lei ou convenção do grupo.

Conforme Modesto Carvalhosa (2016, p. 1067), da mesma forma que ocorre nos grupos de fato, os grupos de direito, também, pressupõem relação de controle entre as sociedades de comando e filiadas. Entretanto, há uma relação de subordinação, formando-se no âmbito de uma estrutura hierarquizada, o que nem sempre acontece nos grupos de fato, por esta razão não se admitem coligações, tendo em vista que as coligações excluem o controle, pois há mais um centro decisório.

Isto posto, nota-se que o grupo econômico de direito possui uma vinculação mais ampla e formal que a mera detenção de controle, pois também forma-se uma relação de natureza contratual. Corroborando Modesto Carvalhosa (2016, p. 1068) sobre a influência exercida sobre a sociedade de comando: “Ela é reforçada pela existência de uma relação de natureza contratual, consubstanciada na convenção de grupo, que vincula a atuação das controladas a um fim comum”.

No entanto, o grupo econômico de direito não possui personalidade jurídica, tratando-se, portanto, de uma sociedade não personificada, a qual não afeta a personalidade jurídica das sociedades de que participam. Segundo Modesto Carvalhosa (2016, p. 1068), as sociedades que compõem o grupo conservam sua independência jurídica, sendo titulares de direitos e responsá-

veis pelas obrigações contraídas, como previsto no art. 266 da Lei das S/A:

As relações entre as sociedades, a estrutura administrativa do grupo e a coordenação ou subordinação dos administradores das sociedades filiadas serão estabelecidas na convenção do grupo, mas cada sociedade conservará personalidade e patrimônios distintos

Já em relação aos grupos de fato, inexistente a necessidade de obedecer a tais requisitos, sendo, de acordo com TOMAZETTE (2017, p. 646), a junção de sociedades sem a necessidade de exercerem um relacionamento mais profundo.

Os grupos de fato são modalidades de concentração empresarial, sendo caracterizados pelas coligações e pelo controle compartilhado entre sociedades. Nesta modalidade de grupo, segundo Modesto Carvalhosa (2016, p. 1041), as sociedades envolvidas permanecem com suas identidades, personalidade jurídica e patrimônio individualizado. Para Modesto Carvalhosa (2016, p. 1042), “Trata-se de modalidade de concentração empresarial, que não demanda a reorganização das sociedades envolvidas”.

Os grupos econômicos de fatos ou grupos não convencionais mantêm a individualidade de seus objetivos operacionais. A controladora não detém qualquer ingerência sobre a política de gestão das controladas. Sendo assim, os administradores, separadamente, de cada sociedade que compõe o grupo devem obedecer ao disposto no art. 154 da Lei das S/A. Em outros termos, a holding que exercer o controle do grupo não impõe qualquer política empresarial para as empresas controladas. Nos termos de Modesto Carvalhosa (2016, p. 1042), “Não existe [...] qualquer vínculo obrigacional entre as sociedades do grupo de fato, impondo-se nos negócios jurídicos entre elas a estrita observância do princípio da isonomia”.

Conforme Modesto Carvalhosa (2016, p. 1043), a coligação se caracteriza pelo nível de influência exercida pela investidora, a qual tem participação relevante. A Lei das S/A dispõe da seguinte forma em seu art. 243, §1º: “São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa”.

As sociedades coligadas não podem formar um grupo econômico de direito, tendo em vista que não há relação de controle direto ou indireto, não havendo também subordinação de interesses. Desse modo, conforme Modesto Carvalhosa (2016, p. 1030), pode-se afirmar que existe relação vertical entre contro-

lados e controlados, o que normalmente ocorre por meio de holdings, e relação horizontal entre sociedades coligadas, estabelecendo um regime de coordenação.

Em suma, de acordo com Modesto Carvalhosa (2016, p. 1042), grupo econômico de fato trata-se de modalidade de concentração empresarial, que não demanda reorganização das sociedades envolvidas.

2.2 Conceito de autonomia empresarial

Como analisado, um dos critérios para identificação de um grupo econômico é um conjunto de empresas. Contudo, como mencionado, o grupo não dá origem a uma nova pessoa jurídica, permanecendo a personalidade individual de cada empresa que o compõe, ou seja, é formado por empresas que preservam sua autonomia e personalidade.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 215), pessoas jurídicas são entidades que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações, tendo como principal característica a autonomia da personalidade, ou seja, que participam do mundo jurídico com personalidade diversa dos seus membros. No mesmo sentido, leciona Paulo Nader (2004, p. 230)

Uma das notas que particularizam as pessoas jurídicas é a distinção entre seu patrimônio, direitos, deveres, responsabilidade e a situação jurídica de cada um de seus membros ou sócios. A condição jurídica da pessoa coletiva não se transfere para a das pessoas que a integram e vice-versa.

Portanto, a existência da sociedade não se confunde com a dos seus membros, estando presente o princípio *Universitas distant a singulis*, o qual é imanente da pessoa jurídica, como entende Paulo Nader (2004, p. 233). Assim dispõe o Código Civil sobre o início da existência da pessoa jurídica em seu art. 45:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Para Carlyle Popp (LUTOFO; NANNI, coord., 2008. p. 312-313), as pessoas jurídicas possuem cinco características principais,

as quais são: a capacidade de direito e de fato próprias; a existência de uma estrutura organizada; objetivos comuns de seus membros; publicidade na constituição e, a característica central, patrimônio próprio, independentemente de seus membros. Dessa maneira, a autonomia patrimonial é completa em relação aos seus membros, bem como total independência nas relações jurídicas e responsabilidade civil.

O Superior Tribunal de Justiça entende que,

Ainda, é importante ter em mente que a pessoa jurídica é uma técnica de separação patrimonial que serve de estímulo ao empresariado, não podendo ser desvirtuada, pois ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (*venire contra factum proprium*). (STJ - REsp: 1540845 PE 2015/0155977-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 19/12/2016)

Suzy Cavalcante Koury (1998, p. 2) afirma que a pessoa jurídica corresponde a um instrumento ou uma técnica jurídica que tem como objetivo alcançar fins práticos, como a autonomia patrimonial e a limitação de responsabilidade. Nos seguintes termos, corrobora (KOURY, 1998, p. 8):

Uma vez personificado, o ente passa a ter existência jurídica. Adquire personalidade e atua no mundo jurídico da mesma forma que as demais pessoas jurídicas, não podendo o ordenamento que o personificou ignorar esta nova realidade ou afastar arbitrariamente os seus efeitos.

Segundo Viviane Muller Prado (2005, p. 12), mesmo ante a possibilidade da participação de uma empresa no capital da outra, seja direta ou indiretamente, não é possível uma direção unificada, na medida em que é necessária a manutenção da autonomia jurídica de cada sociedade. Nos seguintes termos entende Modesto Carvalhosa (2016, p.1031)

A participação de sociedade em grupo, como controladora ou controlada, não modifica sua personalidade e patrimônio que continuam ser autônomos e independentes em relação aos demais integrantes do grupo [...].

Marlon Tomazette (2017, p. 649) afirma que, com a formação dos grupos econômicos, não há origem de nova pessoa jurídica.

dica. Por essa razão, as sociedades integrantes do grupo permanecem com sua personalidade jurídica e, por consequência, detêm patrimônios e obrigações próprias. Ainda corrobora

Diante disso, a obrigação de qualquer integrante do grupo, a princípio, é apenas deste integrante, não se estendendo a qualquer outro membro do grupo, dada a autonomia que é mantida entre os membros.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça firma entendimento:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. 11. In casu, verifica-se que o Banco Safra S/A não integra o pólo passivo da execução, tão-somente pela presunção de solidariedade decorrente do fato de pertencer ao mesmo grupo econômico da empresa Safra Leasing S/A Arrendamento Mercantil. Há que se considerar, necessariamente, que são pessoas jurídicas distintas e que referido banco não ostenta a condição de contribuinte, uma vez que a prestação de serviço decorrente de operações de leasing deu-se entre o tomador e a empresa arrendadora. (STJ - REsp: 884845 SC 2006/0206565-4, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/02/2009, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2009) (grifei)

Dessa forma, não é possível presumir comunicação entre as obrigações dos integrantes do grupo, muito menos preestabelecer uma desconsideração da personalidade jurídica absoluta. Segundo Modesto Carvalhosa (2016, p. 1030), a responsabilização da sociedade controladora é excepcional em relação aos atos praticados por suas filiadas ou controladas. Ainda, entende que tanto na coligação, quanto no controle as sociedades envolvidas mantêm sua personalidade jurídica e seu patrimônio individualizado.

No mesmo sentido ensina Marlon Tomazette (2017, p. 649): “Não podemos preestabelecer uma comunicação das obrigações entre as integrantes do grupo, nem uma desconsideração da personalidade jurídica absoluta nestes casos”. Além disso, Viviane Muller Prado (2005, p. 13) entende que as sociedades que compõem o grupo devem manter, entre si, relações societárias, conforme o regime legal das sociedades isoladas, não se organizando em conjunto.

2.3 Limites do interesse comum

Como mencionado anteriormente, o art. 124, I do CTN dispõe como solidariamente responsável aquele que detém interesse comum no fato gerador. Diante disso, o Fisco, na busca por saldar as obrigações dos devedores, utiliza tal dispositivo como fundamento para desconsiderar a personalidade jurídica da empresa devedora e direcionar as obrigações para os demais componentes do grupo econômico.

Todavia, o STJ não vem admitindo o redirecionamento da obrigação, ante a presunção de solidariedade em razão de as empresas fazerem parte do mesmo grupo econômico. Assim decidiu o STJ

O posicionamento adotado por esta Corte e pelo STJ é no sentido de que a responsabilidade tributária solidária entre empresas apenas se configura quando realizada conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando, portanto, o mero interesse econômico dos sócios e de outras empresas na consecução dos fins almejados pela devedora principal (REsp 884845/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 18/02/2009).

Sendo assim, o simples fato de integrar o grupo econômico não é motivo que se presuma interesse comum no fato gerador, caracterizando responsabilidade solidária entre os membros do grupo. Alexandre Macedo Tavares (2015, p. 27) ensina que,

A simples manutenção de relações comerciais, societárias e/ou participação no capital de outra sociedade não configura arquétipo de regras impositivas fiscais, de forma que o simples fato de integrarem um grupo econômico, por si só, não induz responsabilidade tributária solidária, na forma do art. 124 do CTN; revelam [...] interesse econômico [...] e não o reclamado “interesse comum” ou “interesse jurídico”.

Segundo o STJ, o interesse comum se caracteriza quando as empresas do grupo econômico desempenham a mesma atividade que dá ensejo ao fato gerador, devendo ser atribuída a responsabilidade prevista no art. 124 do CTN a quem, de alguma forma, atuou na constituição do fato gerador. Conforme a seguinte decisão

Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas reali-

zem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação (STJ, AgRg no REsp 1.433.631/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/03/2015)

Em decisão mais recente, o STJ manteve o mesmo posicionamento:

Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas. Para que isso ocorra é indispensável a configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal (STJ - REsp: 1540845 PE 2015/0155977-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 19/12/2016)

Portanto, ante o entendimento fixado pelo STJ, identificando o grupo econômico, é imprescindível que se demonstre a existência do interesse comum previsto no art. 124, I do CTN, o qual vai além do interesse econômico, pressupondo uma ação vinculada ou conjunta na situação que constitua o fato gerador. Em outros termos, só estará caracterizado interesse comum quando duas ou mais empresas, que compõem o mesmo grupo, agirem juntamente na operação.

Contudo, salienta o STJ que a responsabilidade solidária tributária prevista no art. 124, I do CTN está relacionada à atuação das empresas em condições normais, ou seja, quando recair sobre pessoas jurídicas legitimamente estabelecidas e que atuem regularmente em respeito à legislação. Diante disso, não se deve confundir responsabilidade solidária em razão de interesse comum previsto no art. 124, I do CTN e responsabilidade em razão da desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código Civil. Entretanto, não há impedimento para que ambas existam concomitantemente.

A desconsideração da personalidade jurídica prevista no Código Civil, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p. 251), divide-se em teoria objetiva e subjetiva. Para a teoria objetiva, a confusão patrimonial constitui pressuposto necessário e suficiente para a desconsideração. Caracteriza-se confusão patrimonial quando a sociedade paga as dívidas dos sócios, ou este recebe créditos dela, ou, ao contrário, não sendo possível estabelecer distinção do patrimônio dos sócios e da sociedade.

Já para a teoria subjetiva, é necessário haver um elemento anímico, o qual se caracteriza pela intenção de desvio de finalidade da pessoa jurídica ou fraude. Sendo assim, percebe-se que, quando se tratar de confusão patrimonial, há presunção da fraude da autonomia da personalidade jurídica. Porém, não se constatando a confusão patrimonial, ainda é possível desconsiderar a personalidade jurídica por outras situações que configuram fraude. O Código Civil dispõe nos seguintes termos:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Entende o STJ, quando há a criação de várias pessoas jurídicas, formando um grupo econômico, com o único objetivo de prejudicar terceiros, na verdade, todos os entes envolvidos são uma única empresa, sendo, portanto, um único devedor. Como decide ante essa situação

Desconsiderando-se a personalidade jurídica, afasta-se a noção de limitação da responsabilidade dos integrantes da sociedade empresarial, pois a pessoa jurídica foi utilizada em desconformidade com o direito e em desrespeito ao princípio básico da autonomia do ente coletivo em relação aos seus integrantes. No caso dos grupos econômicos, a doutrina denomina o procedimento para superar o véu da personalização de desconsideração indireta da personalidade jurídica, que é aquela que ocorre quando estamos diante da criação de constelações de sociedades coligadas, controladoras e controladas, e uma delas se vale dessa condição para fraudar seus credores. Deste modo, a desconsideração se aplica a toda e qualquer das sociedades que se encontre dentro do mesmo grupo econômico, para alcançar a efetiva fraudadora que está sendo encoberta pelos outros entes do agrupamento societário. (STJ - REsp: 1540845 PE 2015/0155977-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação: DJ 19/12/2016)

Conforme Renan Lutofu (2008, p. 324-327), o instituto da desconsideração da personalidade jurídica é uma exceção à regra geral, a qual representa um dos principais efeitos da personificação, que é a separação total das esferas da pessoa jurídica

e dos sócios. Tem como pressuposto geral a utilização anormal e surpresa da empresa, ou seja, são necessárias a ausência de assentimento do interessado, a imprevisibilidade do dano e a impossibilidade de adoção de precauções. O autor retro dispõe da seguinte forma:

como regra é a separação patrimonial e a independência entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas que a compõem ou a administram, havendo dúvidas de que houve a ocorrência de seus pressupostos, a interpretação a ser dada ao instituto deve ser restritiva, [...]sob pena de violação aos princípios fundamentais descritos no artigo 1º da Constituição Federal.

Nessa senda, entende Paulo Nader (2004, p. 246) que a medida somente deve ser adotada diante de abuso de direito, sendo a desconsideração da personalidade jurídica transitória, atingindo, somente, os atos fraudulentos. Em outros termos, a medida é excepcional, visto que os atos não fraudulentos devem prevalecer o princípio *societas distat a singulis*.

Segundo o STJ, não há óbice para a desconsideração da personalidade jurídica dos entes integrantes do grupo econômico como modo de proteção aos credores, tendo em vista que a confusão patrimonial não é algo inerente aos grupos econômicos. Ademais, também entende que a atuação fraudulenta que beneficia todos os membros do grupo econômico demonstra o interesse comum, possível de caracterizar a responsabilidade tributária prevista no art. 124, I do CTN. Nessa hipótese, é possível haver, concomitantemente, a responsabilidade tributária solidária em razão do interesse comum e a responsabilidade decorrente da desconsideração da personalidade jurídica.

Portanto, a responsabilidade solidária dos grupos econômicos está condicionada a duas hipóteses, sendo: a demonstração do interesse imediato e comum dos seus membros na ocorrência do fato gerador, configurando a hipótese do art. 124, I do CTN, ou as hipóteses de desconsideração da autonomia jurídica prevista no Código Civil, as quais são a confusão patrimonial ou fraude.

Conclusão

Com o presente artigo, buscou-se analisar os conceitos e as características dos grupos econômicos, bem como a concepção da sujeição passiva tributária.

Ficou demonstrado que a sujeição passiva necessita de determinados pressupostos para estar caracterizada, para que as-

sim o Fisco possa exigir o pagamento do tributo. Como visto, o sujeito passivo depende da relação com o fato gerador da obrigação tributária, podendo ser o contribuinte, o qual detém vínculo pessoal e direto com a situação ensejadora da obrigação, ou responsável, o qual necessita de previsão legal expressa.

Contudo, não basta a previsão legal, ainda é imprescindível que o terceiro esteja vinculado ao fato gerador da obrigação tributária. Diante disso, percebe-se que a reponsabilidade solidária não é presumida, a qual é condicionada pelo CTN a duas situações: interesse comum no fato gerador ou previsão legal.

Ante a tal disposição, o Fisco, por diversas vezes, tenta buscar o adimplemento das obrigações tributárias sob o argumento de que todos os membros do grupo econômico são solidariamente responsáveis. No entanto, ficou demonstrado que, mesmo compondo um grupo econômico, as empresas preservam sua autonomia jurídica, respondendo somente pelas suas obrigações.

Ante a análise dos julgados do STJ, concluiu-se que não há presunção de solidariedade entre as empresas que compõem o grupo econômico, pois o simples fato de integrar o grupo econômico não significa que há interesse comum no fato gerador. De acordo com a jurisprudência do STJ, o interesse comum necessário para atrair a responsabilidade solidária é caracterizada quando as empresas desempenham a mesma atividade que dá ensejo ao fato gerador, o que vai além do interesse econômico.

Ainda, constatou-se que o emprego da responsabilidade tributária decorre da atuação normal do grupo econômico, dentro da legalidade, o que não deve ser confundido com as situações que provocam a desconsideração da personalidade jurídica por confusão patrimonial e fraude, previstas no Código Civil.

Diante do exposto, conclui-se que, mesmo ante a formação do grupo econômico, os membros que o compõem permanecem com sua autonomia preservada. Devem ser respeitadas as limitações para a imputação da responsabilidade tributária previstas no CTN, as quais são: expressa previsão legal e interesse comum no fato gerador. Por fim, nota-se que existem duas situações que dão ensejo à desconsideração da autonomia das empresas que compõem o grupo: a responsabilidade tributária solidária, em razão do interesse comum, quando os membros participam da situação que gera o fato gerador, e as causas de desconsideração de personalidade jurídica por confusão patrimonial ou fraude.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 21. Nov. 2018.
- _____. Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 21. Nov. 2018.
- _____. Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 21. Nov. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental em Recurso Especial n.º 1.433.631/PE, Relator: MARTINS, Humberto. Publicado no DJe de 13/03/2015). Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178410268/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1433631-pe-2014-0022964-3/relatorio-e-voto-178410284?ref=juris-tabs>. Acesso em 21. Nov. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º: 1540845 PE 2015/0155977-0, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Publicado no DJ de 19/12/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/461051244/recurso-especial-resp-1540845-pe-2015-0155977-0/decisao-monocratica-461051285?ref=juris-tabs>. Acesso em 21. Nov. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º: 852972 PR 2006/0113464-3, Relator: ZAVASCKI, Teori Albino, Publicado no: DJe de 08/06/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14312529/recurso-especial-resp-852972-pr-2006-0113464-3/inteiro-teor-14312530?ref=juris-tabs>. Acesso em 21. Nov. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 562276, RELATORA: GRACIE, Ellen. Publicado em: repercussão geral - mérito. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736566/recurso-extraordinario-re-562276-pr>. Acesso em 21. nov. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 819.808, RELATOR: FALCÃO, Francisco. Publicado no DJe de 06/04/ 2006. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7142896/recurso-especial-resp-819808-sp-2005-0216439-3?ref=juris-tabs>. Acesso em: 21. Nov. 2018.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. – Recurso especial n.º 884845 SC 2006/0206565-4, Relator: FUX, Luiz, Publicado no: DJe de 18/02/ 2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2441078/recurso-especial-resp-884845-sc-2006-0206565-4>. Acesso em 21. Nov. 2018.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BECHO, Renato Lopes. **Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BORBA, José Tavares. **Direito Societário**, 16. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CANAZARO, Fábio. **Essencialidade tributária: igualdade, capacidade contributiva e extrafiscalidade na tributação sobre o consumo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHOSA, Modesto. **Sociedades Anônimas** (Coleção Tratado de direito empresarial). São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

CASSONE, Vittorio. **Direito Tributário**. 16^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DA COSTA, Adriano Soares. **Aponsamento sobre responsabilidade tributária**. Ciência Jurídica. 11. ed, Vol. 74, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERREIRO, Carolina Dias Tavares (coord). **Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor José Alexandre Tavares Guerreiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Malheiros. 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Responsabilidade tributária dos grupos econômicos**. In: FERREIRA NETO, Arthur M., NICHELE, Rafael (Org). **Curso Avançado de Substituição Tributária**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

NEDER, Paulo. **Curso de direito civil, parte geral**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**. V.1. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADO, Viviane Muller. **Grupos Societário: Análise do modelo da Lei n.º 6.404/1976**. Revista Direito GV, n. 2, Vol. 1. São Paulo, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Obrigações: Lei n.º 10.406 de 10.01.2002**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. **Manual de direito financeiro e direito tributário**. 18. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo Velloso da. **Direito Tributário e análise econômica: uma visão crítica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TAVARES, Alexandre Macedo. **O alcance da Expressão “Interesse Comum” (CTN. Art. 124, I) para Fins de Imputação de Responsabilidade Tributária Solidária às Sociedades Integrantes de Grupo Econômico**. Revista Dialética do direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 232. São Paulo, 2015.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**. Vol. 1, Teoria Geral e Direito Societário, 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Direito Civil**. Vol. 1, Parte Geral, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Direito Penal e religião. Eficácia da norma penal com o declínio da religião à luz da psicanálise no capitalismo. Interdisciplinaridade na economia, filosofia, psicanálise e teologia

Gouvan Linhares Lopes

*Advogado da CAIXA no Ceará
Especialista em Direito Público e Privado
Graduado em Economia, Filosofia e Psicologia.
Graduando em Teologia*

Floriano Benevides de Magalhães Neto

*Advogado da CAIXA no Ceará
Especialista em Direito Privado
Graduado em Economia*

Sara Maria da Silveira Fortuna

Graduanda em Direito

RESUMO

Objetiva o presente artigo analisar os limites do Direito Penal, buscando compreender, a partir da interdisciplinaridade com a economia, filosofia, psicanálise e teologia, como o declínio da religião interfere na eficácia da norma jurídica, causando o seu descumprimento na sociedade atual com o aumento da criminalidade.

Na análise dos limites do direito, constata-se que, com o declínio da religião, o direito não basta para reprimir o delito na pós-modernidade marcada por uma crise ética.

Procura-se mostrar, inicialmente, o histórico da relação do Direito com a Religião e sua evolução a partir dos fatos delituosos também previstos na Bíblia, tais como: matar, roubar e outros. Posteriormente, levanta-se a questão do declínio da religião e o conflito na pós-modernidade na valoração destes fatos jurídicos, entre as normas jurídicas e religiosas e as demais normas sociais, decorrente da crise ética em que o certo e o errado são palpite de cada um, em uma flexibilização de valores em que as liberdades de pensamento, informação e garantias

constitucionais (artigos art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88) provocam conflito da norma jurídica com as demais regras de comportamento social, como a moral, a ética e a cultura, na valoração e escolha de como viver. Tal conflito de normas inibe o caráter repressor do Direito Penal, para as práticas dos comportamentos tipificados, através das penas e sanções, no momento do caminho do delito (*iter criminis*), nominado de fase de cogitação, lugar de conflito psíquico onde atua o Superego.

Palavras-chave: Direito. Religião. *Iter Criminis*. Interdisciplinaridade.

ABSTRACT

This article aims to analyze the limits of the Criminal Law, seeking to understand, from the interdisciplinarity with the economy, philosophy, psychoanalysis and theology, how the decline of religion interferes in the effectiveness of the legal norm, causing its noncompliance in the current society with the increase of crime.

In the analysis of the limits of the law, it is observed that, with the decline of religion, law is not enough to repress the crime in postmodernity marked by an ethical crisis.

It seeks to show, initially, the history of the relation of the Right with the Religion and its evolution from the criminal facts also foreseen in the Bible, as: kill, steal and others. Subsequently, the question of the decline of religion and the conflict in postmodernity arises in the valuation of these legal facts, between the legal and religious norms and other social norms, arising from the ethical crisis in which right and wrong are a (articles 5, IV, IX and XIV, CF / 88) provoke a conflict between the legal norm and other rules of social behavior, such as moral, ethics and culture, in valuing and choosing how to live. Such a conflict of norms inhibits the repressive character of Criminal Law, for the practices of the typified behaviors, through the penalties and penalties, at the moment of the path of the crime (*iter criminis*), nominated of phase of cogitation, place of psychic conflict where Superego acts.

Keywords: Law. Religion. *Iter Criminis*. Interdisciplinarity.

Introdução

O homem, ao nascer dentro de uma sociedade, submete-se a um processo civilizatório que regula, através de diversas regras de conduta, seu comportamento externo, nas suas interações com o mundo e o outro, assim como na maneira de satisfazer seus desejos e necessidades.

No fenômeno da normatividade que ocorre no processo civilizatório, as paixões, os interesses e os instintos humanos são barrados pelas regras de conduta religiosas, morais, jurídicas e sociais, que regulam a vida social, permitindo a estabilidade da sociedade e das suas instituições, conforme as lições de Bobbio (2014, p. 26):

o fenômeno da normatividade nos aparecerá de modo não menos impressionante e ainda mais merecedor da nossa reflexão. A história pode ser imaginada como uma imensa corrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de “civilização”.

As regras de conduta religiosas também são uma forma de controle social que guardam relação com o descumprimento das normas de Direito Penal, pois condicionam a conduta moral do cidadão pelo temor das sanções divinas e jurídicas, estabelecendo maneiras de como viver.

No momento do caminho do delito (*iter criminis*), nominado de fase de cogitação em que o sujeito decide a prática ou não de um delito, a maneira de viver estabelecida pela religião influencia o cumprimento ou não das normas jurídicas.

A partir da relação entre o declínio da religião e a eficácia da norma jurídica penal, é possível estabelecer, quanto à prática do delito e seu agente, indagações com relação às causas que levaram à escolha do comportamento criminoso, no momento inicial do caminho do delito (*iter criminis*), chamado de fase de cogitação, lugar do conflito psíquico em que atuam as forças do Id, Ego e Superego, de acordo com o pensamento freudiano.

Após o Iluminismo, houve um declínio da religião na determinação de regras de como viver, através do dever de obediência à Lei Divina, como palavra de Deus expressa na Bíblia, interferindo na eficácia das normas penais que tutelam bens jurídicos ao inibir o caráter repressor do Direito Penal para as práticas dos comportamentos tipificados, através da pena e sanção necessária e suficiente (art. 51 CP), ensejando o aumento da criminalidade na atualidade.

Na sociedade atual, chamada de pós-moderna, os valores religiosos e jurídicos, tutelados pelas normas jurídicas e religiosas, são questionados e sofrem interferência dos meios de comunicação que não sofrem qualquer censura, frente a garantia cons-

titucional da liberdade de comunicação (art. 220 CF/88) que envolve a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (artigos art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88 respectivamente), e provocam conflito da norma jurídica com as demais regras de comportamento social, como a moral, a ética e a cultura, na valoração e escolha de como viver.

Instrumentos das liberdades constitucionais citadas, os meios de comunicação, baseada em valores do sistema capitalista, estimulam a busca imediata de prazeres que contrariam a norma jurídica e religiosa e a finalidade da sanção respectiva, decorrente do seu descumprimento.

Tal fato enseja uma divergência entre o que prescrevem as normas jurídicas e as regras de condutas religiosas, morais e éticas, quanto ao comportamento do cidadão e o descumprimento dos seus deveres.

Portanto, há um descompasso entre os valores insculpidos na norma jurídica e religiosa e a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano, que comprometem a eficácia da norma jurídica, ensejando a problematização do direito, o qual é o objeto de reflexão deste trabalho.

1 Filosofia e a problematização do direito: eficácia da norma

O objetivo da filosofia do direito é problematizar, segundo Cretella Junior (2007, p.4), "Problematizar o Direito – eis o objetivo da filosofia do Direito.

Neste passo, a filosofia do direito, segundo Bobbio (2014, p.53), sempre se ocupou dos três problemas fundamentais da norma jurídica, que são a justiça, a validade e a eficácia:

Pode-se inclusive sustentar que os três problemas fundamentais, de que tradicionalmente se ocupa e sempre se ocupou a filosofia do direito, coincidem com as três qualificações normativas da justiça, da validade e da eficácia.

A reflexão em estudo é exatamente quanto à eficácia da norma jurídica, ou seja, quanto à aplicação da lei penal e sua relação com a religião, que envolve o comportamento do homem em sociedade e dos seus interesses contratantes, de acordo com Bobbio (2014, p. 53):

O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e

reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito.

Destarte, como a eficácia é terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, matéria que envolve, além do direito, os campos da economia, filosofia, psicologia e teologia

Na compreensão dos limites do Direito, utiliza-se uma abordagem interdisciplinar (filosofia, economia, psicologia e teologia) visando a entender como o declínio da religião na pós-modernidade, alterando a subjetividade do cidadão, interfere na eficácia da norma jurídica penal que exerce controle social, através da ameaça de sanção, dentro do fenômeno da normatividade, ensejando seu descumprimento e o consequente aumento da criminalidade.

Diante do quadro apresentado, o presente trabalho, como a seguir demonstrado, reflete sobre o FATO (no caso, típico, culpável e antijurídico de comportamentos delituosos do Código Penal relacionados com a religião), ao VALOR pela sua penalização e respectiva sanção contida na norma jurídica (e na Bíblia, que sofre conflito com outras normas sociais na pós-modernidade), que culmina com o estudo da eficácia da norma penal, de acordo com a teoria tridimensional de Miguel Reale (1994, p.120), a qual visa a disciplinar a relação jurídica em questão:

O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. E o que com acume Aristóteles chamava de “diferença específica”, de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito. (destacamos)

Para tanto, esta investigação parte da reflexão sobre a história da relação do Direito com a Religião e sua evolução que culminaram com o conflito com outras normas sociais e a crise ética na pós-modernidade, decorrente do declínio da religião. Justificando a necessidade da interdisciplinaridade do Direito com a Psicologia na explicação dos resultados desta crise ética, mostra a relação do declínio da religião e o descumprimento da norma penal.

Vejamos.

2 Direito e religião – fatos e valores jurídicos e religiosos

2.1 Histórico da relação do Direito com a Religião

Refletir sobre o direito e a religião é refletir sobre a natureza humana e a vida em sociedade.

O ser humano, desde o nascimento, pertence a alguns grupos, tais como a Igreja e o Estado, que, através de normas disciplinadores como a Bíblia e o Código Penal, estipulam direitos e deveres, visando a atingir uma finalidade, conforme leciona Diniz (2008, p.121):

Com efeito, desde o nascimento o ser humano pertence a alguns grupos, como família, comunidade local, classe, nação, Igreja, escola, clube, empresa, sindicatos, etc. E em todos os grupos há normas disciplinadoras do comportamento dos seus membros. Hauriu já nos ensinava que cada instituição se constitui com uma finalidade própria que visa atingir. Em torno desse fim e no âmbito respectivo, cada uma regula sua vida, fixando normas de coexistência.

Dentre as normas disciplinadoras que regulam o comportamento dos grupos sociais, encontram-se a religião, a moral, a ética, a cultura e o direito, definido por Miguel Reale (2006, p.62) como “a ordenação das relações de convivência”.

Na instituição da religião e do direito, há, portanto, normas disciplinadoras, em um claro controle social, pois influenciam o comportamento das pessoas, de acordo com Sabadell (2000, p.113), “tudo aquilo que influencia o comportamento dos membros da sociedade poder ser entendido como controle social”.

No entanto, tais normas disciplinadoras que ordenam as relações de convivência, através do Direito Penal e da Religião, sofreram evolução social ao longo da história, pois passaram a ser vistas separadamente, como a seguir demonstrado.

2.2 Evolução histórica e social da relação do Direito com a Religião

Influenciando o comportamento dos seus membros através de normas disciplinadoras dentro dos grupos, a relação do direito com a religião sofreu evolução ao longo da história.

A religião e o Direito na Grécia não eram vistos separadamente, pois somente em Roma, o Direito passou a ser considera-

do forma independente da Ética, nos termos da lição de Picanço (2009, p. 66)

Na cultura grega, não havia distinção entre Política, Moral e Direito, os quais formavam uma unidade que o grego entendia como Ética, aspectos de uma mesma totalidade. Não podemos esquecer que o Novo Testamento foi escrito em grego e aramaico, uma variação do grego. É em Roma que se encontra uma técnica de distinção acabada entre Direito, Religião, Política e Moral. Claro que a Ética não é desprezada para a compreensão do Direito. A Ética continua sendo o conteúdo do Direito mas o romano desenvolve a técnica pela qual o Direito passa a ser considerado forma independente da Ética.

No entanto, com o surgimento do Cristianismo, a Bíblia, fonte da palavra de Deus, revela a Aliança entre Deus e os homens, expressando valores e relacionando como pecado, condutas a seguir indicadas nos 10 Mandamentos que Deus deu a Moisés, posteriormente tipificadas como crimes que se encontram no Direito Penal Brasileiro, como, por exemplo, os seguintes FATOS jurídicos:

- Êxodo 20:13 – Não matarás – art. 121 CP – Matar alguém
- Êxodo 20:15 – Não furtarás – art. 155 CP (furto) e ar. 157 CP – (roubo)
- Êxodo 20:16 – Não dê falso testemunho – art.138 CP (calúnia), art. 139 CP (difamação) e art.140 CP (injúria).

Ocorre que o Iluminismo teve impacto na fé cristã e na própria teologia moderna. Considerando a ciência como salvadora de todos os males humanos, afastou a influência das Escrituras na subjetividade das pessoas, de acordo com as lições de Oliveira (2010, p.72/73) e, destarte, na sua orientação moral que dita o certo e o errado, através da religião, interferindo na eficácia da norma jurídica penal:

O Cientismo. A Ciência é considerada capaz de dar respostas sólidas às todas as perguntas do homem moderno. A Escritura deve ceder lugar à ciência. O Iluminismo foi o produto de uma revolução na ciência que marcou um distanciamento radical da visão do mundo da Idade Média. Para esse novo pensamento, foi de grande importância uma mudança na Cosmovisão, (...)

Para a mentalidade do iluminismo (...) onde as antigas Escrituras entram em conflito com a ciência moderna, (...) - então a Escritura deve ceder lugar à ciência. Sempre que a Escritura retrata o universo de modo

contrário ao conceito mundial do cientismo ou descreve eventos que são sobrenaturais, o homem moderno deve escolher a ciência em preferência à Escritura.

Surgiu então a ideia de que a religião estivera sempre errada e, a ciência teria condições de encontrar solução para todos os problemas humanos. Dentro desta concepção, a inércia e a ignorância providas de modo especial das igrejas é que estariam obstruindo o avanço triunfante da ciência tida como salvadora de todos os males humanos.

O Iluminismo, afastando a fé e o poder da religião como controle social juntamente com o Direito, colocou ênfase na moral e não no dogma, de acordo com as lições de Oliveira (2010, p. 74):

O Iluminismo colocou grande ênfase sobre a moralidade e não sobre o dogma, e declarou que os poderes do raciocínio humano podiam tanto descobrir a lei moral natural escrita dentro de cada pessoa quanto levar à obediência a essa lei.

Mencionado afastamento impactou o Direito Positivo e na evolução do Estado Brasileiro, através das Constituições do Brasil. A Constituição do Império de 1824 foi a única a estabelecer uma religião oficial para o Brasil. A Constituição de 1891 assegurava a liberdade de crença. As Constituições de 1937, 1946 não alteraram a questão religiosa. A Constituição de 1988 consagrou que o Estado Brasileiro é laico, pois não adota nenhuma religião como oficial, embora o preâmbulo da Carta Magna faça referência a Deus.

Igualmente, o Iluminismo, ao colocar ênfase na moral e autonomia do homem, acreditando em sua racionalidade, afasta o comando da norma religiosa das Escrituras como raiz do Direito Penal, evidenciando os limites da eficácia norma jurídica penal.

Ocorre que, com o afastamento da religião como raiz do Direito Penal, os bens tutelados pela norma jurídica passaram a ser regrados por outras normas sociais (morais e éticas) que também sofreram evolução social, gerando uma discrepância no cumprimento do comando legal, assim como no efeito da sanção pelo seu descumprimento, decorrente do conflito de valores quanto aos fatos jurídicos e religiosos que sofrem controle social, como roubar, matar, furtar e outros.

Destarte, a evolução das normas sociais (morais, éticas e religiosas), além do direito, pode estabelecer diferentes valores para os deveres tutelados na legislação penal e religiosa, criadores

de fatos jurídicos, assim como diferentes sanções morais e sociais, comprometendo a eficácia da norma penal, diante dos questionamentos próprios da sociedade, senão vejamos.

Na esfera penal, houve uma evolução no Direito quanto à sanção decorrente da prática dos delitos, acarretando:

a) um conflito das normas sociais na pós-modernidade e um claro limite do Direito Penal que evoluiu ao longo do tempo, na proteção dos bens jurídicos.

Principalmente, como adiante relatado, na sociedade pós-moderna, chamada por Bauman (2001) de modernidade líquida, onde houve derretimento das ações e escolhas possíveis, assim como o questionamento dos deveres jurídicos, propiciado pelas liberdades de informação e pensamento, como garantias constitucionais, diante da prática de delitos que podem ou não ter sanções em outras normas sociais;

b) uma concepção de homem pelo direito até a pós-modernidade que influenciou a formação do Estado e no seu regimento.

3 Valor jurídico e religioso. Conflito com outras normas sociais na pós-modernidade. Influência da liberdade de informação e do pensamento

No século XX, ocorreram profundas mudanças na sociedade humana, que recebeu vários adjetivos, tais como: sociedade pós-moderna, sociedade pós-capitalista, sociedade da informação ou modernidade líquida.

Há uma evidente crise ética (no sentido de como viver), fruto de um novo olhar do homem sobre si mesmo, em uma evidente liquidez e superficialidade de suas relações, chamada por Bauman (2001) de modernidade líquida, ao contrário da modernidade sólida, do período anterior.

Na sociedade pós-moderna ou modernidade líquida, segundo Bauman, a emancipação propicia ao indivíduo ter mais possibilidades de agir conforme seus pensamentos, com maiores possibilidades de realização dos desejos, ao contrário de uma modernidade sólida.

Enquanto na Idade Média, com forte influência da religião, os modelos éticos eram rígidos sobre o certo e o errado, na sociedade moderna líquida há uma pluralidade de éticas que confrontam o comando legal e religioso, pois as pessoas foram libertadas de suas velhas gaiolas pelos poderes de derretimento da modernidade, tendo várias escolhas possíveis na sua maneira como viver.

Barros (2005, p.47) leciona que esta fragmentação de um sentido e múltiplos caminhos a serem seguidos, em uma pluralidade que gera o esvaziamento de valores até então instituídos pela cultura, gera uma falência, neste caso, da Lei Penal como uma estrada em direção ao bem, reforçada pela religião:

Os tempos de hoje se caracterizam pela fragmentação de um sentido, por múltiplas direções ordenando o caminho para os homens, vias plurais: diversas teorias sobre o comportamento produzem uma pluralidade de conhecimentos e conceitos causando o esvaziamento dos valores até então instituídos na cultura. O homem já não partilha de um consenso sobre uma orientação que lhe indique a estrada em direção ao bem.

Esse fenômeno de fragmentação se expande por todo o planeta globalizado. Basta olharmos as manchetes de jornais para nos depararmos com a expressão de uma falência na eficácia de certos valores morais publicamente estabelecidos, manifesta tanto no cotidiano, por meio de comportamentos individuais, quanto na vida política, econômica e social. Há quem diga de uma certa falência do pai, do nome e da lei. Falha a crença numa ordem que promova em volta de si uma unidade. Hoje lidamos com a pluralidade em todos os campos.

Igualmente, sobre a crise de valores e ausência de paradigmas, assim leciona Oliveira (2018, p. 19):

É inquestionável o fato de que, na atual quadra do século XXI, experimenta-se a fase de maior incerteza no que tange ao futuro da Humanidade. Vive-se na denominada Pós-Modernidade, sua característica marcante é justamente a ausência de paradigmas, e por consequência, a crise de valores que atinge o homem moderno.

Tal derretimento da modernidade gera o esvaziamento dos valores instituídos pela cultura e tutelados pela Constituição e pelas demais normas jurídicas, e, destarte, sobre o cumprimento dos deveres estabelecidos no Código Penal, coincidindo com o declínio da religião que leva ao materialismo e ao surgimento do consumismo assim como do aumento da criminalidade, conforme assevera Paiva (2001, p. 17).

A criminalidade sórdida aumentou também: a pederastia violenta, estupros e os incestos parecem ter-se multiplicado. Muito jovens roubam o que po-

dem pegar. Ora, é inegável que esse progresso da imoralidade e da criminalidade coincide comum declínio da religião. Mesmo não-crentes reconhecem que existe uma ligação entre esses dois fenômenos, e alguns chegam a perguntar-se se ainda será possível, sem a religião, restaurar a moralidade pública e familiar. Nesse contexto, cita-se às vezes a frase de Dostoievski: “Se Deus não existe, tudo é permitido.”

Este questionamento expande-se no mundo globalizado, através da publicidade nos meios de comunicação que estimulam o consumismo, aliada às garantias constitucionais da liberdade de comunicação (art. 220 CF/88) e das liberdades de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (artigos art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente).

Nestes termos, a mídia reflete o momento da pós-modernidade narrado por Bauman, ao apresentar novas formas de viver, através de mensagens manipuladas a favor de valores do capitalismo, que contrariam valores religiosos, ao contrário do que é divulgado, conforme assevera Enzensberger (2003, p. 35-36).

Não existem escritos, filmagens e exibição não manipuladas. Dessa forma, a questão não é se as mídias são manipuladas ou não, mas quem as manipula.

Logo, frente a este contexto, diante do FATO JURÍDICO e RELIGIOSO, afigura-se um claro conflito de normas sociais em que, se, por um lado, tem o homem deveres que a legislação penal e a Constituição Federal reprimem com sanções caso desobedecidos, por outro lado, mudanças na sociedade, neste tempo atual de pós-modernidade, em que as relações são líquidas e as pessoas descartáveis indicam uma maior liberação dos desejos e outra valoração dos fatos delituosos e pecaminosos, em um descompasso com a vontade das normas jurídicas.

Diante deste quadro conflituoso que repercute no aumento da criminalidade e em uma clara ineficácia da norma penal, constata-se que os meios de comunicação estimulam na subjetividade do cidadão valores que pregam o consumismo e não a valorização do ser, não promovendo uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 3º, inciso I da CF/88, com vistas a materializar o princípio da Fraternidade, de acordo com as lições de Cury (2013, p. 60).

A Constituição Federal de 1988 é paradigmática ao afirmar que a República Federativa do Brasil consti-

tui-se em Estado Democrático de Direito (Estado de Direito e de Justiça Social) que tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária. É dizer: além de se organizar juridicamente como Estado de Direito, do ponto de vista formal e material, o Brasil adotou no regime político o princípio democrático, que, nos termos da Constituição, tem a obrigação de materializar, dentre outros princípios, a fraternidade. Dessa assertiva, infere-se uma multiplicidade de valores que devem ser irradiados sobre o ordenamento jurídico brasileiro, como soberania popular, participação do povo no poder, justiça social e distributiva, fraternidade, igualdade substancial, etc.

Logo, torna-se necessária a discussão dos aspectos morais e religiosos na explicação dos fatos jurídicos e referentes à eficácia da norma penal, com finalidade heurística de descobrir algo novo.

Há diversas causas e circunstâncias morais e religiosas, em que o Direito Penal, através do fenômeno da normatização, não basta para reprimir o comportamento delitivo:

- quer pelo declínio da religião cujos valores também contidos no Direito Penal conflitam com os valores de outras normas sociais, estabelecidas nos meios de comunicação;

- quer pelo conflito de normas sociais e suas respectivas sanções, decorrente dos questionamentos na pós-modernidade e das várias maneiras de como viver;

- quer pela influência da sociedade pós-moderna marcada por uma crise ética, em que o certo e o errado são palpite de cada um, em uma flexibilização de valores e aceitação possível deste fato jurídico para a felicidade do indivíduo;

- quer pelas liberdades de pensamento e informação, garantias constitucionais que provocaram conflito da norma jurídica com as demais regras de comportamento social, como a moral, a ética e a cultura, na valoração e aprovação desta escolha.

O Iluminismo, repita-se, ao colocar ênfase na moral e autonomia do homem, acreditando em sua racionalidade, afastou comando da norma religiosa das Escrituras como raiz do Direito Penal, evidenciando os limites da eficácia norma jurídica penal.

No entanto, ao contrário do Iluminismo, como a seguir demonstrado pela psicologia, a racionalidade é vazia de sentido, pois o homem não é um ser racional, conforme asseverado pela Psicanálise, mas, sim, guiado por instintos, e o declínio da religião assim como os meios de comunicação interferem na subjetividade da pessoa na fase de cogitação do *iter criminis*.

Para tanto, a partir da interdisciplinaridade entre o Direito Penal e a Psicologia na explicação deste fato jurídico, é possível estabelecer como as normas religiosas na visão de homem da Psicanálise influenciam a subjetividade da pessoa no momento da cogitação no *iter criminis*.

4 A interdisciplinaridade do Direito Penal com a psicologia na explicação dos fatos jurídicos

As várias formas de viver da modernidade líquida, o declínio da religião e o consumismo estimulado nos meios de comunicação influenciam a subjetividade do cidadão, gerando conflito de valores entre o Direito e da Religião com as demais normas sociais (morais e éticas).

O declínio da Religião, influencia no efeito repressor da sanção penal, assim como da sanção religiosa decorrente do pecado, quando da avaliação por parte do transgressor, no momento da cogitação do delito.

Há relação entre o declínio da religião decorrente do Iluminismo e o aumento da criminalidade, explicada em nível psicológico.

A reflexão dos limites do Direito perpassa uma necessidade de compreensão do comportamento humano e de suas relações, a demonstrar os motivos que levam o homem a lesionar bens jurídicos tutelados e praticar o crime, mesmo diante da ameaça de sanção.

Enquanto o Direito refere-se ao dever-ser, através da normatização que regula as leis do convívio, a psicologia refere-se ao Ser, como ele é, na busca da compreensão dos comportamentos, conforme leciona SORDI (2007; 293).

O direito e a psicologia são ciências que, em última análise, têm o mesmo objeto de estudo, qual seja: o Homem e as relações humanas. Enquanto o direito se ocupa com a normatização dos comportamentos humanos que fazem parte das relações sociais, tratando de regulamentar as leis do convívio, a psicologia busca uma compreensão da inter-relação de fatores etiológicos, biológicos, sócio-econômicos e culturais, entre outros, determinantes dos comportamentos chamados patológicos.

O Direito, dentro do fenômeno da normatização que regula as leis de convívio e barra os instintos e as paixões, é repressora de comportamentos que comprometem a sociedade, opondo-se à satisfação das paixões e à consequente felicidade, onde tudo

se passa segundo o desejo e a vontade do ente racional (Kant, 2003, p.443).

O Direito Penal, de acordo com as lições de SHECAIRA (2004; 57), é um instrumento de controle social, através da ameaça de sanção, embora existam outras formas de sanção, como o controle ético, em que se inclui a religião:

[...] o direito penal é um instrumento de controle social que trabalha no mesmo sentido de outros instrumentos controladores. Diferencia-se de outros instrumentos de controle social em face de seu aspecto formal, uma vez que carrega consigo a ameaça concreta e racional da sanção. As outras formas de sanção – como o controle ético – manifestam-se informal e espontaneamente.

Assim como o Direito, a Religião é também um modo de controle social que interfere na subjetividade do sujeito e apresenta outras formas de sanção, dentro de um controle ético, existindo relação de causalidade entre o declínio da religião que leva ao materialismo e ao surgimento do consumismo, assim como do aumento da criminalidade.

Na normatização dos comportamentos humanos, o Direito Penal não sabe o que acontece na intersubjetividade do sujeito de direito, em seu plano psicológico, com a ameaça de sanção que carrega, na aplicação de pena, daí justificando-se a psicologia na explicação desta relação ao demonstrar a influência do declínio da religião, no momento da fase de cogitação do *iter criminis*.

Essa ameaça de sanção interfere na eficácia de suas normas de controle social, se necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, ou seja, para a inibição do comportamento delituoso, com receio de punição, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Na fase de cogitação do *iter criminis* que realiza o fato jurídico que lesiona bem jurídico tutelado, para aferir a eficácia da norma jurídica penal e o impacto da ameaça de sanção que carrega o Direito Penal na subjetividade do sujeito, há necessidade de uma reflexão, também, das outras formas de sanção e do respectivo controle ético, em que se destaca a religião.

Para tanto, é necessário estabelecer uma relação de causalidade entre esta fase de cogitação do crime (no *iter criminis*) e o aspecto volitivo, dentro do contexto da sociedade pós-moderna, marcada por uma crise ética, em que o certo e o errado são palpite de cada um e que sofre influência do declínio da reli-

gião, cujos valores também contidos no Direito Penal conflitam com os valores de outras normas sociais, estabelecidas nos meios de comunicação e em suas respectivas sanções, assim como pelas liberdades de pensamento e informação, garantias constitucionais (artigos art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente)

Confira-se.

5 O momento da cogitação no *iter criminis* e o aspecto volitivo

Freud destaca os aspectos destrutivos do homem hostil e antissocial e a necessidade de coibir e controlar o indivíduo, através de um controle coercitivo imposto pelo Estado.

Pela análise do fato jurídico e psíquico da prática do delito conceituado pelo Direito, buscando sua compreensão pela Psicanálise, a partir do conceito de homem freudiano e dos processos psíquicos que determinam seu comportamento, pergunta-se:

O que aconteceu em nível psicológico para o sujeito cumprir ou não as normas jurídicas? Quais as causas deste ato?

Em que momento, no caminho do crime (*iter criminis*), ele decidiu sua prática e faltou repressão necessária?

Como o declínio da religião e os meios de comunicação na pós-modernidade influenciaram esta escolha?

Logo, inicialmente, é necessário entender os motivos do cumprimento da norma jurídica que se distingue da norma moral, para, posteriormente, inferir-se das causas do descumprimento daquela, no sentido da prática do delito.

Kant foi um filósofo que se ocupou do estudo da distinção entre direito e moral, assim como dos motivos do cumprimento destas normas, especialmente em sua obra *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, datada de 1797.

Nesse sentido, do cumprimento das normas, citado filósofo (2013, p.55) assevera que, enquanto a norma moral é de ordem interna e cumprida devido ao sujeito aceitar o mandamento como certo, a norma jurídica é de ordem externa, heterônoma, e deve ser cumprida independentemente desta vontade interna, como limitação de liberdade individual e do arbítrio, visando à coexistência pacífica entre todos, inclusive usando a coerção que é inerente ao Direito, conforme as seguintes lições:

O direito estrito fundamenta-se sem dúvida na consciência da obrigação de cada um adequar-se à lei; (...) esse direito apóia-se unicamente sobre o princípio da possibilidade de uma coerção externa que possa coe-

xistir com a liberdade de cada um, segundo as leis gerais

Destarte, o cumprimento da norma jurídica ocorre pelo sujeito, independentemente de sua convicção íntima sobre sua observância, ao contrário do que ocorre com a norma moral ou religiosa e, em caso de descumprimento, o Direito usará da coerção.

Como indicado nas lições anteriores, nem sempre o sujeito tem consciência da obrigação de adequar-se à lei, sentindo-se compelidos à prática de delitos/atos externos, ensejando seu descumprimento, mesmo diante do uso da coerção própria do Direito, devido à liberdade individual.

Logo, tem-se que o Direito e a Psicanálise atuam em momentos distintos do comportamento humano. O Direito em seus atos externos e a Psicanálise analisa nos impulsos que antecederam esse comportamento e o funcionamento da vida psíquica, procurando determinar-lhe sua origem e causas.

Neste caso, estabelecidos os motivos em Kant para o cumprimento da norma jurídica e a possibilidade do uso da coerção pelo Direito que regula o comportamento externo do sujeito, passemos à explicação de como ocorrem o descumprimento da norma jurídica penal e a prática do delito no funcionamento psíquico à luz da Psicanálise, frente ao declínio da religião como repressora, investigando-se as causas do aumento da criminalidade na pós-modernidade marcada por uma crise ética.

Afinal, na investigação do descumprimento da norma jurídica à luz da Psicanálise, o Direito Penal depende de outras ciências, nos termos da lição de Roxim (2007, p. 130):

o Direito Penal depende sempre de outras ciências, como a psicologia e especialmente a criminologia. A criminologia colocou-se como objetivo (entre outros) a investigação das causas da criminalidade. Conhecendo essas causas, podemos combater a criminalidade já em suas origens, ao invés de apenas curá-las, como sintoma, com a punição.

6 O descumprimento da norma penal à luz da psicanálise

Surgem então as seguintes indagações:

O que aconteceu em nível psicológico para o agente praticar o delito? Qual é a causa deste ato?

Em que momento, no caminho do crime (*iter criminis*), ele decidiu sua prática e faltou repressão necessária?

Dentro do funcionamento psíquico freudiano, qual estrutura não fez a repressão necessária? Como é formada essa estrutura?

Respondidas essas questões, será possível esclarecer esse fato jurídico e psicológico e procurar evitá-lo, possibilitando, assim, uma reflexão mais abrangente da relação de causalidade entre o aumento da criminalidade na pós-modernidade com o declínio da religião.

Para tanto, é necessário, a partir da compreensão do conceito de homem em Freud, entender o funcionamento psíquico do agente e a importância do Superego como censor de sua ação delitiva.

O comportamento humano é resultado de múltiplas variáveis. A Psicanálise procura explicar os motivos que levaram o sujeito à prática do delito, a partir da análise dos seus conflitos, pensamentos e impulsos, com vistas a evitar a sua prática.

O entendimento de Freud sobre o homem diverge do conceito racional do Iluminismo, muito bem defendido por Kant (2013, p. 55) ao fazer a distinção entre moral e direito.

No conceito de Freud, o homem não é um ser racional, amável ou pacífico, ao contrário do pensamento de Kant e do Iluminismo.

Divergindo das ideias iluministas do homem como ser racional, afirma Freud (1976, p. 78) que o ser humano não se controla e não é senhor de sua subjetividade, ou seja, não é guiado pela razão, conforme o seguinte trecho:

[...] o ser humano não é um ser manso, amável, somente capaz de se defender quando o atacam. É lícito atribuir a sua dotação pulsional uma boa cota de agressividade. Em consequência, o próximo não é somente um possível auxiliar e objeto sexual, mas também uma tentação para satisfazer sua agressão, explorar sua força de trabalho sem ressarcir-lo, usá-lo sexualmente sem seu consentimento, dispor de seu patrimônio, humilhá-lo, lhe infligir dores, martimizá-lo e de matá-lo.

Citado pensador revolucionou a concepção iluminista do homem como ser racional, ao descobrir o inconsciente e a composição da estrutura psíquica da pessoa com as forças do ID, Ego e Superego.

O funcionamento do Superego determinará o pensamento e comportamento do homem. No esboço freudiano da formação da subjetividade, o homem tem uma estrutura psíquica formada pelo Superego (com seu papel de censor), do ID (regula-

do pelo princípio do prazer) e Ego (defensor da personalidade).

O Superego tem a função de censor do Ego (substitui os pais), quanto ao cumprimento ou não das normas, quer jurídicas, quer religiosas, de acordo com Uyratan Carvalho (2002, p. 74):

Com a Teoria Estrutural, Freud localizou, no espaço intrapsíquico, formado pelo Inconsciente, Pré-consciente e Consciente, três estruturas a que denominou de Id, Ego e Superego. A primeira dotada de uma poderosa energia: é o pólo pulsional da personalidade. A segunda, o pólo defensivo da personalidade, acumulando as funções de executivo e de ligação entre os processos psíquicos e a terceira, o Superego, a cumprir o papel de censor do Ego, em substituição aos pais.

Dentro desta estrutura interna psíquica, o ID, que funciona pelo princípio do prazer, não se deteve à culpa infligida pelo Superego (substituto dos pais), censor de seu comportamento, aliada a uma sanção jurídica que deveria desestimular a prática do crime, conforme Feuerbach ao asseverar que a pena criminal intimida e desestimula a prática de crimes, na medida da certeza da punição.

Na Bíblia, em Deuterônimo 6, a seguir transcrito, o Senhor orienta que os filhos de Israel recebam o mandamento de ensinar seus filhos, neste caso, formando o Superego da criança, como censora de seus comportamentos e com obediência aos 10 mandamentos apresentados por Moisés.

CAPÍTULO 6

Moisés proclama: O Senhor nosso Deus é o único Senhor; e também:

Amarás o Senhor teu Deus — Os filhos de Israel recebem o mandamento de ensinar seus filhos — Moisés os exorta a cumprir os mandamentos, testemunhos e estatutos do Senhor para que prosperem.

Ora, a religião, que determina como viver e nos termos anteriormente citados, que orienta aos pais ensinarem seus filhos a cumprir os mandamentos, e portanto, a subjetividade do indivíduo, tem importância fundamental na formação do Superego como censor do comportamento delitivo, em especial, na fase de cogitação do *iter criminis*, ou seja, nos momentos que antecedem o comportamento delitivo, nos atos preparatórios.

Apenas sanção penal não é necessária e suficiente (art. 51 CP) como repressora da criminalidade e de controle social, pois

o Direito não sabe o que acontece na subjetividade do indivíduo que deveria receber dos pais exortações ao cumprimento dos mandamentos bíblicos, insculpidos no Direito Penal de não matar, não caluniar, não roubar e outros.

Tal desconhecimento do que acontece na subjetividade provoca aliado às constantes transformações sociais na pós-modernidade levam à Ciência Penal um movimento de constante criminalização, de acordo com Oliveira (2018, p. 25)

A Ciência Penal passa por um momento marcado por uma nova configuração da sua área de atuação. As transformações ocorridas na sociedade e as dificuldades em lidar com os problemas delas decorrentes deslocam para as leis penas a atribuição de controle social. Isso significa o aumento de sua incidência, por intermédio de um movimento de constante criminalização.

No entanto, com o declínio da religião, na estruturação psíquica o Superego não será capaz de desestimular a prática do crime, pois sua influência e respectiva sanção não desestimularão o comportamento delituoso, pois o homem não fará o que Deus manda, devido à separação entre o direito e a religião.

A moral que virou palpite na pós-modernidade sobre o certo e o errado, apregoadada pelo Iluminismo ao afastar o comando da norma religiosa, não basta, porque a virtude não basta.

De acordo com Sponville (2002, pág. 140), não matar ou não roubar não apresentam uma felicidade suficiente ou uma liberdade suficiente para a questão de como viver, pois o dever e a virtude não bastam e, portanto, o homem precisa da sabedoria para viver e escolher como viver.

Não matar, não roubar, não mentir? Muito bem, mas quem se contentaria com isso? Quem veria nisso uma felicidade suficiente? Uma liberdade suficiente? Uma salvação suficiente? “Não pegar aids não é uma meta suficiente na existência”, dizia-me um amigo. É claro que ele tinha razão. Mas o mesmo vale para não matar, não roubar ou não mentir. Nenhum “não” basta, é por isso que precisamos da sabedoria: porque a moral não basta, porque o dever não basta, porque a virtude não basta. A moral manda; mas quem se contentaria com obedecer? A moral diz não, mas quem se contentaria com suas proibições? Mais vale o amor. Mais vale o conhecimento. Mais vale a liberdade.

Neste quadro, o Direito Penal não apresenta uma felicidade suficiente, o que propicia o aumento da criminalidade, pois

o Superego como censor do comportamento não atuará no momento da cogitação do *iter criminis*, frente ao declínio da religião e à crise ética da pós-modernidade, com a fragmentação de um sentido e múltiplos caminhos a serem seguidos, de acordo com Barros (2005, p. 47).

O pensamento cristão não aceita o pensamento aristotélico e também iluminista, de que o Homem, através da razão, possa encontrar sua felicidade e escolhas corretas.

Assevera que o Homem é incapaz de fazer o bem e alcançar a felicidade, sendo necessário o auxílio divino, devido ao pecado original que faz o ser humano obedecer ao corpo, nos termos dos ensinamentos de Hegenberg (2010, p. 78):

Homem, por si só, é incapaz de fazer o bem, mesmo quando deseja fazê-lo. Cada pessoa, ensina Paulo, deve compreender, em algum momento, que o auxílio divino é indispensável para que possa praticar o bem que a lei solicita. Na Epístola aos romanos VII, registra que “a lei é espiritual, mas sou um ser de carne, entregue à influência do pecado. Na verdade, não compreendo o que faço, pois não faço o que desejo, mas o que detesto.” Afirma que deseja fazer o bem, mas pratica ações más, que o ser interior respeita lei de Deus, mas o corpo luta contra a lei da razão e se torna vítima da lei do pecado; “pela razão, obedeco a lei divina, via lei do pecado, obedeco a lei do corpo”. “Devido a natureza ser dupla, há o predomínio do Corpo.” Em suma, somos um “ser duplo” em que geralmente predomina o corpo. Esse o motivo pelo qual a salvação depende de uma graça divina.

Devido ao fato do homem ser duplo, em que o ser interior respeita a lei de Deus e que o corpo luta contra a lei da razão, durante a Idade Média, houve a associação entre a Lei Jurídica com a Lei Religiosa e Moral, pois o homem é incapaz de fazer o bem e buscar a felicidade.

Na pós-modernidade, tal associação foi rompida estabelecendo-se um conflito com outras normas sociais, patrocinadas pelos meios de comunicação (art.220, CF/88), conforme anteriormente relatado, ocasionando o não efetivo funcionamento do Superego, como censor dos comportamentos delituosos

Logo, a moral cristã encontra-se assentada na piedade, pois o Homem virtuoso fará o que Deus manda, nos termos da lição de Hegenberg (2010, p. 78), que propicia a materialização do princípio da Fraternidade, nos termos do art. 3, inciso I da CF/88, com vistas a materializar o princípio da Fraternidade no Estado de Democrático de Direito, que tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária.

No cristianismo há uma associação estreita em religião, a moral e o direito. A moral cristã encontra-se baseada na piedade, de forma que o homem fará o que Deus manda, obedecendo a sua Lei Divina ou Moral. A moral está assentada sobre a piedade. Sendo piedoso (virtuosos), o Homem fará o que Deus lhe ordena - obedecer aos comandos que Ele impõe e inspirar-se em Seu exemplo. Assim se delinea a noção de tsadik, análoga à noção de sabedoria dos gregos. (...) O termo 'tzadig' do hebreu, significa agir de acordo com a lei divina ou moral. É "título" atribuído a pessoas livres de culpa e pecado, em geral mestres espirituais. O vocábulo refere-se, pois, a quem age corretamente. O indivíduo tsadik, ou justo, possui a virtude básica, ou seja, o tsedek - misto de justiça e caridade.

Destarte, este afastamento da religião pela moral racional, que se encontra relativizada na pós-modernidade, influencia o cidadão em sua subjetividade, no momento da cogitação do crime, dentro do *iter criminis*, determinando a ineficácia da norma penal e sua respectiva sanção e o consequente aumento da criminalidade.

7 As causas do comportamento delitivo e o Superego

Assim, a causa do comportamento delitivo encontra-se no funcionamento do Superego.

O censor, no caso o Superego, não teve intensidade suficiente no controle interno dos impulsos do ID como poderosa fonte da energia psíquica, responsável por todas as ações psicológicas. Dessa forma, houve a infração às normas e o cometimento de um delito. Quando o Superego é muito forte e instaura um desejo de culpa, o agente também pratica o crime para ser punido.

As motivações internas e a culpa dirigida pelo Superego (antes da ação), juntamente com a sanção externa do direito (prevista após o ato), não impediram o descumprimento da norma jurídica, a partir das fases relatadas do *iter criminis* estudada pelo Direito Penal, frente à relatividade da moral tão apregoada pelo Iluminismo diante da racionalidade humana, desconstruída pelo pensamento freudiano.

No caminho do crime (*iter criminis*), quando o agente decide pela prática do delito quando falta repressão necessária, valem as lições de Mirabete (2001, p. 156) desse trajeto, iniciado no íntimo da pessoa, na ideia criminosa que não foi reprimida pelo Superego até a sua consumação:

Na realização do crime há um caminho, um itinerário a percorrer entre o momento da ideia de sua realização até aquele em que ocorre a consumação. A esse caminho se dá o nome de *iter criminis*.

Segundo citado autor, este caminho tem duas fases: uma fase interna de cogitação e outra externa com os atos preparatórios, de execução e a consumação.

Conforme asseverado anteriormente, o Direito regula o comportamento exteriorizado, de modo que sua atuação e aplicação da pena, ou seja, a sanção prevista na lei, ocorrem na prática dos atos executivos, segundo Garcia (1972, p. 232):

Instaura-se a eventualidade da pena tão-só quando o agente penetra no campo dos atos executivos, passando a concretizar o seu desígnio no fato penalmente proibido. Nem podia deixar de ser assim, porquanto larga margem de atividade lhe sobraria até a consumação, sendo bem possível que desistisse em meio ao *iter criminis*. Ora, a desistência, como adiante veremos, anula a tentativa. Como, pois, alçar ao grau de tentativa punível a mera preparação?

À Psicologia interessa a fase da cogitação, momento no caminho do crime (*iter criminis*), onde instaura-se a batalha dos impulsos contraditórios, na escolha entre a virtude e o pecado, que, com o declínio da religião, perde intensidade nesta batalha, de acordo com as lições de Becker (2004, p. 51):

É caracterizado, muitas vezes, por uma profunda e conflituosa batalha que se desenvolve entre impulsos contraditórios e ambivalentes, provindos do consciente e do inconsciente do agente. É o momento de confronto entre forças opostas, entre a *spinta* e a *contro spinta* criminosa, entre *Eros* e *Tanatos*, entre a pulsão de vida e a pulsão de morte, como se refere parte da psiquiatria, ou entre a virtude e o pecado, como aponta a teologia.

Nesta batalha psíquica, atuam as estruturas do ID, Ego e Superego na prática ou não do delito, de acordo com a personalidade do agente.

O descumprimento da norma jurídica e o comportamento delituoso, segundo a concepção psicanalítica do delito, decorrem de um movimento inconsciente do impulso delitivo do homem freudiano, impulsivo, agressivo e sádico. É uma vitória do ID sobre o Superego (substituto dos pais), responsável pelo sentimento de culpabilidade. Quando o Superego é muito forte,

em casos extremos, pode levar a pessoa ao suicídio, nos termos dos ensinamentos de Costa (1971, p. 51):

A concepção psicanalítica do delito enfoca os complexos, pois gravita sobre o delinquente a causa de seu impulso delitivo inconsciente, junto ao impulso agressivo ou sádico – um constante sentimento de culpabilidade. É tão grande, que em casos extremos conduz ao denominado delírio autopunitivo, em razão do qual o autor se imputa que não praticou e reclama ser punido com a máxima severidade, ou se castiga com autolesões capazes de chegar ao suicídio. O complexo de Édipo faz surgir o sentimento social de culpabilidade e o possuidor, não satisfeito de seus desejos criminais, atua e exige a sanção para aplacar a consciência de culpabilidade reprimida. (grifamos)

Logo, é pela expressão do sentimento de culpa, frente à necessidade inconsciente de punição, no jogo de tensões entre Superego, Id e Ego, que é possível dominar os instintos e impulsos do homem freudiano, agressivo e não racional e, destarte, fazê-lo cumprir, em uma relação consigo mesmo, as normas sociais jurídicas e religiosas, no conflito entre a virtude e o pecado, em uma renúncia às satisfações primitivas.

Esta culpa foi mitigada com a relativização dos valores, do certo e do errado a partir de cada um, propagado pelos meios de comunicação que estimulam o consumismo e o materialismo, afastando a associação entre o Direito e a Religião, da moral cristã e o temor, da sanção jurídica e da sanção divina, decorrente do pecado.

Na fase de cogitação, momento inicial do *iter criminis*/caminho do crime, o Superego, que é o substituto dos pais, na batalha psíquica travada, não atuou de forma eficiente para coibir o comportamento delitivo e não fez a repressão necessária a evitar a prática do delito através da CULPA, e mais ainda, pelo temor da SANÇÃO prevista na norma jurídica e da prática do pecado, prevista na Bíblia.

Tanto assim que a fixação da pena pelo juiz será a necessária e suficiente para a prevenção do crime, ou seja, para que este seja inibido, como receio da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (destacamos).

Conclusão

As questões humanas transbordam os limites do direito, pois apenas a norma não é capaz de impor obrigações. Mais do que isso, existe o meio econômico em que os cidadãos vivem, a moral, o psiquismo, o desejo interno de cada um atuando na satisfação dos seus desejos e instintos.

Diante do fato jurídico do comportamento delitivo, constata-se, através de uma visão interdisciplinar da economia, filosofia, psicanálise e teologia, que é limitada a eficácia da norma do Direito Penal que reprime tal comportamento através do tipo penal, levando ao aumento da criminalidade na pós-modernidade, devido ao conflito de normas sociais, no fenômeno da normatividade.

O declínio da religião decorrente do Iluminismo acompanha um maior questionamento das formas de comportamento e satisfação dos desejos na chamada pós-modernidade, levando a uma crise ética em que o certo e o errado são palpite de cada um, assim como a um conflito entre o Direito e a Religião, frente às demais normas sociais, propiciadas liberdades constitucionais de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (artigos art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente), em uma aliança entre o capitalismo como fundamento da ordem econômica (art. 170 e seguintes CF/88) que estimulam o materialismo e o consumismo como forma de viver, em uma desassociação com os valores do Direito e da Religião.

Neste passo, constata-se que, enquanto o Direito, através do Direito Penal, valora os fatos jurídicos, reprimindo comportamentos lesivos à sociedade através do tipo penal, o mesmo Direito, através das garantias constitucionais, possibilita um questionamento sobre o que pode ser utilizado pelo cidadão para satisfação dos seus desejos e necessidades, limitando a eficácia desta proibição legal.

O Direito não é suficiente para impedir o comportamento delituoso e o respectivo fato jurídico, pois não oferece uma felicidade suficiente, diante de outras normas sociais que conflitam com essa valoração e de uma ausência de religiosidade.

Quem não mata ou rouba, no exercício de sua liberdade de escolha, não o faz por um dever nem por obrigação legal, mas, sim, por escolha ética de como viver, pela religião e pela moral decorrente na escolha do certo e do errado, e também por uma limitação dos desejos e instintos, que, caso desregrados, contrariam a vontade de Deus, como legislador através dos mandamentos da Bíblia.

Foi possível demonstrar a importância da compreensão do conceito de homem para entender o descumprimento das normas jurídicas, através da elaboração de um paralelo entre Direito e Psicanálise na prática do delito, em especial, no momento da cogitação.

A partir da teoria psicanalítica, foi constatado que a prática do delito ocorre quando, mesmo diante da sanção jurídica, o Superego não contém os impulsos do ID, regulado pelo princípio do prazer, e o Ego não consegue harmonizar as forças.

Em uma luta entre opostos psíquicos, entre a verdade inconsciente oculta e divina e a consciente, humana, este ser humano decide sobre a prática ou não do delito, sobre o cumprimento ou não das normas jurídicas, sobre o certo e o errado, sobre a virtude ou sobre o pecado, em consequência do declínio da religião.

Neste caso, o Direito funciona como um freio aos instintos e às formas de sua satisfação do homem em sua busca de felicidade, ao reprimir os comportamentos apontados, em movimento contrário pelo modo de produção capitalista (art. 170 CF/88), que prega um consumismo sem limites, fruto do materialismo decorrente do declínio da religião, gerando uma busca desenfreada de ter.

Neste quadro, constata-se um descompasso e conflito entre os valores insculpidos na norma jurídica e religiosa e as demais normas sociais que espelham a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano, comprometendo a eficácia da norma jurídica que prevê pena privativa de liberdade, não suficiente para reprimir o delito, o que propiciou a problematização do direito e da norma em questão, próprio da filosofia do Direito e objeto de reflexão deste trabalho.

Referências

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BARROS FILHO, Clóvis de. **1965 - A filosofia explica as grandes questões da humanidade** / Clóvis de Barros Filho & Júlio Pompeu. 1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, São Paulo: Casa do Saber, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECKER, Marina. **Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014.

CARVALHO, Uyratan. **Psicanálise** I. 4. ed. revisada e ampliada. Rio de Janeiro: SPOB, 2002.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Criminologia. Comportamento. Violência. Crime**. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Sociedade Cultural Ltda., 1971.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CURY, Munir. **Fraternidade como Categoria Jurídica**. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.5. p.9.

ENZENSBERGER, Hans Magnus. **Elementos para uma teoria dos meios de comunicação**. Trad. de Cláudia S. Danbusch. São Paulo: Conrad, 2003.

FREUD, S. (1900-1901) **A psicopatologia da vida cotidiana**. Imago, Ed. Standard Brasileira, vol. VI, Rio de Janeiro, 1976.

HEGENBERG, Leônidas. **Filosofia Moral: ética**. Rio de Janeiro: E-papers, 2010.

GARCIA, Basileu. **Instituições de direito penal**. v. 1. t. 1. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1972.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal: parte geral**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

OLIVEIRA, Altamar. **Compêndio de Teologia e Religião**. Edições Loyola. 2010.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. **A Crise da legalidade penal no constitucionalismo contemporâneo** – 1. ed – Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

PAIVA, Geraldo José de. **Necessidade social da religião. Entre Necessidade e desejo. Diálogos da Psicologia com a Religião**. São Paulo. Edições Loyola. 2001.

PICANÇO, Mônica. **Redescobrimdo o ser ético: Sociedade sem valor é ser humano sem amor**. 1. Ed., São Paulo: Ed. da autora, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito - situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Lições preliminares de Direito**. 29. ed., ajustada ao novo Código Civil, 6ª Tiragem, 2006.

ROXIN, Claus. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SORDI, Rudyard. **Psiquiatria Forense. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millennium, 2007.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SPONVILLE, André Comte. 1952. **Apresentação da Filosofia**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Repetitivo. Precedência das ações coletivas sobre as individuais. Suspensão das ações individuais.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO POR SUPOSTO DANO AMBIENTAL NO MUNICÍPIO DE ADRIANÓPOLIS. AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. TUTELA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. EVENTO FACTUAL GERADOR COMUM. PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS MASSIFICADAS. EFEITOS DA COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À REPARAÇÃO DOS DANOS INDIVIDUAIS E AO AJUIZAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. CONVENIÊNCIA DA SUSPENSÃO DOS FEITOS INDIVIDUAIS. EXISTÊNCIA.

1. A tese a ser firmada, para efeito do art. 1.036 do CPC/2015 (art. 543-C do CPC/1973), é a seguinte:

Até o trânsito em julgado das Ações Civis Públicas n. 5004891-93.2011.4004.7000 e n. 2001.70.00.019188-2, em tramitação na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba, atinentes à macrolide geradora de processos multitudinários em razão de suposta exposição à contaminação ambiental decorrente da ex-

ploração de jazida de chumbo no Município de Adrianópolis-PR, deverão ficar suspensas as ações individuais.

2. No caso concreto, recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial,, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial e fixou a seguinte tese repetitiva:

“Até o trânsito em julgado das ações civis públicas n. 5004891-93.2011.4004.7000 e n. 2001.70.00.019188-2, em tramitação na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba, atinentes à macrolide geradora de processos multitudinários em razão de suposta exposição à contaminação ambiental, decorrente da exploração de jazida de chumbo no Município de Adrianópolis-PR, deverão ficar suspensas as ações individuais.”

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/componente=ITA&sequencial=1784720&num_registro=201500375558&data=20190301&formato=PDF>

Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Sustentaram oralmente o Dr. André Luís Santos Meira, pela recorrente, Eleuza Machado de Lima; o Dr. Walter José Faiad de Moura, pelo amicus curiae, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - Brasilcon; a Dra. Patrícia Rios Salles de Oliveira, pela recorrida Lloyds TSB Banck PLC e o Dr. David Pereira Cardoso, pelo recorrido Itaú Unibanco S.A..

Brasília (DF), 12 de dezembro de 2018(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator.

REsp 1.525.327. DJe 01/03/2019.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Eleuza Machado de Lima, inconformada com decisão incidental do Juízo da Vara Cível da Comarca de Bocaiúva do Sul (fls. 385-388) que determinou o sobrestamento dos autos da ação individual “de reparação de dano moral” ajuizada em face de Trevisa Investimentos S.A., Plumbum do Brasil Ltda., Plumbum Comércio e Representações de Produtos Mineiras e Industriais Ltda., Itaú Unibanco S.A. e Lloyds TSB, interpôs agravo de instrumento para o Tribunal de Justiça do Paraná.

Aduz que propôs ação de reparação de dano moral em razão

de exposição a contaminação ambiental causada por rejeito, em níveis excessivos, de chumbo e outros dejetos de beneficiamento industrial de mineração a céu aberto.

Afirma que o Juízo de primeira instância, acolhendo o parecer do Ministério Público pela suspensão do processo e invocando como razão de decidir o precedente contido no recurso repetitivo REsp n. 1.110.549/RS, determinou o sobrestamento da ação individual até o julgamento das Ações Cíveis Públicas n. 5004891-93.2011.4004.7000 e n. 2001.70.00.019188-2, em tramitação no Juízo da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba.

Pondera que a decisão merece reforma, pois: a) o parágrafo único do art. 20 da Lei n.º 7.347/1985 aplica-se apenas no caso de existirem duas ações coletivas com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, visando prevenir o Juízo e determinar a conexão dos processos coletivos; b) o objeto de tutela dos direitos individuais homogêneos é distinto do objeto de tutela dos direitos difusos; logo, a existência de ação coletiva não induz a imediata suspensão das ações individuais, muito menos a ocorrência de litis-pendência, especialmente porque a suspensão das ações individuais depende de pedido expresso e exclusivo do autor; c) os réus da ação civil pública em trâmite na Justiça Federal são diferentes dos réus das ações individuais, sendo que nos processos individuais o polo passivo é composto por ou

tros réus que não integram o polo passivo da ação coletiva; d) momento de determinação de suspensão do processo — necessidade de determinação de citação das rés; e) prazo da suspensão dos processos, que não pode exceder a um ano, conforme dicção do art. 265, § 5º, do CPC/1973.

O Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento ao recurso, em decisão assim ementada:

AGRAVO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO MORAL DECORRENTE DE DANO AMBIENTAL POR CONTAMINAÇÃO DE CHUMBO. DECISÃO QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. PREJUDICIALIDADE EXTERNA CARACTERIZADA. IDENTIDADE DE CAUSA DE PEDIR E PARTES ENTRE A AÇÃO INDIVIDUAL E COLETIVA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS E ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. TESES FIRMADAS SOB A SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados.

Sobreveio recurso especial da agravante, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, sustentando divergência jurisprudencial, omissão e violação ao arts. 214, 219, 265 e 535 do CPC/1973; 2º da Lei n.º 7.347/1985; 81 e 104 do CDC.

Alega que o acórdão recorrido violou o art. 2º da Lei n.º 7.347/1985, pois o dispositivo aplica-se apenas no caso de existirem duas ações coletivas com os mesmos réus, causa de pedir ou objeto, de modo a prevenir o Juízo e gerar conexão dos processos coletivos.

Pondera ser inegável a distinção do objeto de tutela nas ações individuais e nas ações coletivas e que a ação civil pública proposta pela entidade especializada Liga Ambiental tem por objeto o meio ambiente saudável, que é um direito coletivo difuso trans-individual e indivisível.

Obtempera que: a) não há identidade de causas; b) apenas 3 dos 6 réus das ações individuais são demandados nas ações civis públicas; c) a reparação do dano de origem comum é buscada individualmente; d) nem mesmo a circunstância de existir ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos obsta o ajuizamento de ação individual e induz litis-pendência para as ações individuais; e) a decisão proferida na ação coletiva não poderá estabelecer obrigação a quem não foi chamado a integrar a lide; f) apenas haverá suspensão do processo se a medida for requerida pela parte; g) a decisão determina, indevidamente, de ofício, a suspensão das ações individuais antes mesmo da citação dos réus e por prazo não determinado; h) a suspensão processual não pode exceder o prazo de 1 ano.

Dei provimento ao AREsp n. 664.534/PR e, verificando a

multiplicidade de recursos a versarem essencialmente sobre a mesma controvérsia presente no recurso especial — qual seja, definir a necessidade ou não de suspensão das ações individuais em que se pleiteia indenização por dano moral em razão de suposta exposição à contaminação ambiental decorrente da exploração de jazida de chumbo no Município de Adrianópolis-PR até o julgamento das Ações Cíveis Públicas (5004891-93.2011.404.7000 e 2001.70.00.019188-2) em trâmite na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba —, submeti, então, o presente feito à apreciação da egrégia Segunda Seção, na forma do que preceitua o art. 543-C do CPC/1973.

O Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor — Brasilcon, como *amicus curiae*, opina no seguinte sentido, *in verbis*:

7. Sucedeu, no entanto, que no curso da referida ação ordinária, o MM. Juízo da causa decidiu suspender a tramitação do litígio individual “até o julgamento das Ações Cíveis Públicas n.º 5004891-93.2011.404.7000 e 2001.70.00.019188-2, em tramitação junto à Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba” (trechos da decisão de piso).

8. Ou seja, a Ação Individual foi deduzida após duas Ações Cíveis Públicas que já tramitavam em vara especializada do foro da Capital paranaense. A decisão em questão apresentou como fundamento autorizador da suspensão o artigo 2º, § único, da

Lei n.º 7.374/1985 e o artigo 265, inciso IV, “a”, do Código de Processo Civil.

[...]

14. A suspensão do trâmite de uma ação judicial é solução técnica da legislação processual brasileira positivada nas situações tratadas nos incisos, parágrafos e alíneas do artigo 265, do CPC.

15. Dentre elas, de fato, está hipótese da sentença a ser proferida na causa suspensa “depende do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitui o objeto da principal de outro processo pendente”.

16. O dispositivo legal está nitidamente vinculado à situação na qual a prolação de uma sentença pendente em outra ação judicial venha a esvaziar o objeto do litígio a que se busca suspender, daí porque a literatura lhe atribuiu o didático nome de causa prejudicial externa, também acolhida na jurisprudência. [...]

18. O Código de Defesa do Consumidor estipulou um microsistema normativo adequado aos vulneráveis, por determinação da Constituição Federal (art. 5º, XXXII, CF e 38 do ADCT).

19. Em se cuidando de relação entre desiguais, o legislador foi preciso e não deixou dúvidas: em eventual confronto entre ações coletivas e ações individuais inexistente litispendência, isto é, a sentença que vier a ser prolatada naquelas não interfere na existência ou inexistência da relação jurídica, tampouco no objeto da principal das ações individuais.

20. Tecnicamente, afirmar-se que a ação coletiva interfere no objeto e na causa de pedir dos litígios individuais é uma atecnia. Embora as ações coletivas veiculem direitos transindividuais, a discussão coletiva não interfere no direito individual constitucional que todo cidadão tem de acesso à jurisdição (conforme mais a diante será tratado).

21. Do mesmo modo, quer nos parecer que a regra do Parágrafo único, do Art. 2º, da Lei n.º 7.347/1985, incluído pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 2001, não trata da concorrência entre ações individuais e coletivas, mas apenas de prevenção.

22. E, mesmo tratando de prevenção, é certo que entre ações individuais e coletivas não há identidade de causa de pedir, tampouco de objeto. Embora os fatos jurídicos possam ser os mesmos, o objeto e a causa de pedir das ações coletivas é plurissubjetivo (pedidos coletivos, pretensão pro-societas, trabalhada a partir de pressupostos abstratos e de estrutura coletiva); é apresentado, discutido e apresentado em um plano meta-individual 2.

23. O delineamento de um litígio individual não pode ser igualado à demanda coletiva. A ação individual está limitada à pretensão isolada do indivíduo, com alcance de tutela particular, trabalhada a partir de pressupostos concretos que a tornam *sui generis*. [...]

26. Daí porque, mais adequado ao tratamento dos vulneráveis é a regra já existente, válida e aplicável à situação

concreta, contida no artigo 104, do Código de Defesa do Consumidor.

27. O Código de Defesa do Consumidor delegou ao cidadão a potestade de requerer ou não a suspensão de sua demanda individual quando verifica existir (antes ou depois) ação coletiva emparelhada sobre o mesmo tema.

28. A decisão de suspensão ou não da ação individual frente às Ações Coletivas deixa de ser *ope jus* (uma faculdade do Magistrado) para compor uma regra *ope legis*, na qual não restou campo discricionário ao Judiciário que deve aguardar, caso a caso, se o cidadão quer ou não se submeter a aguardar a solução final dos litígios coletivos. [...]

30. Em termos práticos e simples, a lei cindiu toda e qualquer discussão acerca de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas e individuais.

31. Os cidadãos podem eleger, espontaneamente, se aderem (ou não) aos efeitos da ação coletiva e sua sentença futura (*ultra partes* e *erga omnes*, conforme art. 103, I e II, do CDC) requerendo a suspensão de sua ação individual, se respeitado o prazo da lei. [...]

32. Ao que se vê, a regra do artigo 265, IV, “a”, do CPC é inaplicável à situação do Recurso Especial Repetitivo. Expressamente, o CDC impõe que se eventual causa prejudicial externa existe à ação individual do consumidor, ele pode ou não se submeter ao litígio coletivo, sendo sua manifestação de interesse o fato ensejador de suspensão.

33. Da mesma forma, a regra do artigo 2º, parágrafo único, da Lei de Ação Civil Pública também não faz sentido para reger a tese do Repetitivo. A prevenção que uma Ação Coletiva gera para o foro que processou a primeira demanda desta natureza só atrai outras ações coletivas, isto é, com mesma causa de pedir e mesmo objeto. [...]

36. Por fim, a decisão que determinou a suspensão da ação individual da cidadã Recorrente, em detrimento das coletivas, adotou como precedente o julgamento do Recurso Especial n. 1.110.549/RS. A leitura do precedente em questão, embora envolto nas sempre brilhantes elucidações do Ministro SIDNEI BENETI, não pode servir de moldura para o tema presente. São situações dessemelhantes. Ali, a questão é relativa aos poupadores, na qual já pendia Recurso Especial repetitivo no âmbito do STJ (acórdão de 2010) e, por esta razão, atraindo a regra da Lei n.º 11.672/2008 por outros motivos que não a simples determinação do magistrado singular.

37. O entendimento do precedente acima, além de isolado 4, nega vigência ao artigo 104, do CDC, sem sombra de dúvidas, pelas inferências já colocadas acima.

O Ministério Público Federal assim se manifestou:

Houvesse litispendência teríamos um óbice ao mero ajuizamento da ação individual, ante o não preenchimento de

requisito objetivo extrínseco (ou requisito processual negativo), a impedir a formação válida do processo. Assegurado o direito ao ajuizamento da demanda individual, o debate sobre a necessidade de sua suspensão ocorrerá, portanto, em momento posterior à constatação de que o procedimento observou todos os pressupostos de existência e requisitos de validade exigidos pelo ordenamento. Isto é, pressupõe que não houve litispendência. Sobre o tema, destaca-se excerto do voto do então ministro Sidnei Beneti, condutor do REsp 1.110.549/RS, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC:

[...] O direito ao ajuizamento individual deve ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos, porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer consequências nocivas ao seu direito, decorrentes de acidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo secundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão.

A interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (poderá, diz o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência [...].

[...]

O art. 2º, § 1º, da LACP meramente prevê regra de prevenção do juízo quando constata demandas coletivas que possuam a mesma causa de pedir e pedido (quando con-

xas). Trata, portanto, da relação entre duas ações coletivas. Discute-se, nos presentes autos, a relação entre “ação individual” e “ação coletiva” que possuam o mesmo fato jurígeno, a mesma situação de fato desencadeadora.

Absolutamente desnecessária, portanto, menção expressa à inaplicabilidade de regra que diz ser preventivo o juízo em que intentada a primeira ação coletiva para eventuais demandas, também coletivas, que versem sobre a mesma causa de pedir e pedido. Avançando na análise das razões recursais, prossegue a argumentação da recorrente, caso refutada a sua alegação inicial de omissão, no sentido de que restou violado o art. 2º, § 1º, da LACP.

Inviável tal argumento, uma vez que, reitera-se, a aplicabilidade ou não do art. 2º, § 1º, da LACP ao feito passa ao largo da fundamentação exarada no bojo do acórdão recorrido.

A decisão do TJPR pela suspensão é calcada nas seguintes teses: i) as causas de pedir entre as ações individual e coletiva seriam idênticas; e ii) o tema já se encontra pacificado na jurisprudência, tendo o STJ definido, ao julgar recurso repetitivo (tema 60, REsp 1.110.549/RS), que “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”.

Refuta-se o fundamento de identidade de causas de pedir entre ação coletiva e individual. Consoante destacado pelo *amicus curiae*, “é certo que entre ações individuais e coletivas

não há identidade de causa de pedir, tampouco de objeto. Embora os fatos jurígenos possam ser os mesmos, o objeto e a causa de pedir das ações coletivas é plurissubjetivo (pedidos coletivos, pretensão pro-societas, trabalhada a partir de pressupostos abstratos e de estrutura coletiva); é apresentado, discutido em um plano metaindividual.” (e-STJ – fl. 832).

A alusão, na fundamentação do acórdão recorrido, ao precedente formado sob o rito do art. 543-C/CPC é, todavia, suficiente à manutenção do julgado. Seguindo-se à risca o art. 543-C, do CPC, sequer deveria ter sido admitido o presente recurso especial, uma vez que o teor do acórdão recorrido coincide com a orientação do Superior Tribunal de Justiça firmada em sede de recurso repetitivo. São eles: REsp 1.110.549/RS (tema 60) e REsp 1.353.801/RS (tema 589).

Todavia, perpassada a admissibilidade na origem e selecionado o presente recurso como representativo de controvérsia, impende analisar o seu mérito, permitindo-se a fixação de nova tese repetitiva que extirpe, por completo, eventual dúvida sobre a necessidade ou não de suspensão de ações individuais até o julgamento de ação coletiva proposta em virtude da mesma situação de fato desencadeadora.

Critica-se, desde já, o exacerbado detalhismo na delimitação do tema afetado no presente recurso (de nº 923): “necessidade ou não de suspensão das ações individuais em

que se pleiteia indenização por dano moral em razão de suposta exposição à contaminação ambiental, decorrente de exploração de jazida de chumbo no município de Adrianópolis-PR, até o julgamento das Ações Cíveis Públicas (5004891- 93.2011.404.7000 e 2001.70.00.019188-2), em trâmite perante a Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba.” (e-STJ – fls. 813/814).

A quaestio iuris ora debatida pode ser assim resumida: há possibilidade de suspensão, de ofício, de ações individuais até o julgamento de ação coletiva proposta com base no mesmo fato jurígeno?

[...]

Prevê o art. 104/CDC o chamado “right to opt out”, isto é, o direito do indivíduo de se excluir, voluntária e expressamente, da jurisdição coletiva. Para tanto, basta que, tendo ajuizado demanda individual, uma vez cientificado da existência de um processo coletivo, não requeira a suspensão do processo individual.

Não se pode inferir, a partir dessa norma, todavia, que há expressa vedação à suspensão ex officio dos processos individuais.

Ao contrário, extrai-se do ordenamento, em especial dos princípios que regem o processo (isonomia, efetividade da tutela jurisdicional, segurança jurídica, duração razoável do processo), que deverá ser franqueada ao órgão julgador a possibilidade de suspensão do processo individual, independentemente de requerimento da parte.

A racionalização do exercício da função jurisdicional é imperativa à observância da isonomia, como forma de evitar decisões diversas para situações semelhantes. Isonomia não meramente perante a lei (o texto legal), mas perante a norma jurídica, tomada essa como resultante da atividade conjunta dos poderes Legislativo e Judiciário.

Logo, é essencial à isonomia perante a norma jurídica a premissa de que haverá isonomia de tratamento judicial. Essa a importância ímpar na progressiva incorporação, ao sistema processual brasileiro, de um sistema de precedentes vinculantes, que encontra seu ápice no novo Código de Processo Civil, a vigor em 2016. No presentes autos, observa-se que há repetição da causa de pedir fática, porém não identidade, entre a demanda individual e as ACP's anteriormente intentadas.

Demais disso, consoante destacado em sede de contrarrazões ao recurso especial, o presente feito “é originário de uma das cerca de 2.000 ações individuais em trâmite na Comarca de Bocaiúva do Sul, Estado do Paraná, e que estão inundando o TJPR com idêntica quantidade de recursos”. Os fatos postos nas duas ações coletivas e nessa infinidade de ações individuais, portanto, se repetem, devendo ser decididos à luz da mesma questão de direito.

A suspensão das demandas individuais confere, assim, relevo à premente necessidade de se minimizar a possibilidade de decisões divergentes sobre a

mesma questão de direito, envolvendo pessoas que estão em uma situação-de-fato tipo. Noutro giro, limitar a possibilidade de suspensão da demanda individual à vontade de cada autor malferir a supremacia que goza o interesse público frente ao interesse privado.

[...]

Não se trata, tal como afirma pelo Instituto BRASILCON, de emprestar relevo à comodidade do aparelho judiciário em detrimento ao direito do cidadão de “acessar individualmente decisões judiciais mais ágeis e efetivas” (e-STJ – fl 837), mas, sim, reconhecer como de interesse público o funcionamento regular e eficaz do Judiciário, verdadeiro pressuposto à qualidade de suas decisões e presteza na sua prolação.

Não prospera, por todo o exposto, a alegada violação aos arts. 81 e 104 do CDC, bem como aos arts. 214, 219 e 265, § 5º, todos do CPC.

III – Conclusão:

O Ministério Público Federal opina pelo não provimento do recurso interposto, nos termos desse parecer.

Consigno, ainda, que a associação Liga Ambiental apresentou arrazoado (fls. 825-827) e, após o parecer do MPF, a Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo — ANNEP (fls. 1.245-1.257) formulou pedido de admissão nos autos como *amicus curiae*.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. Anoto, inicialmente, que a participação do amigo da Corte é desejável para aprimorar o salutar debate acerca da tese afetada, mas não pode resultar em tumulto processual.

Como é cediço, o “*amicus curiae*” é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. A presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, consequentemente, um direito subjetivo processual do interessado” (ADI n. 3460 ED, Relato: Ministro TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 12/2/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-47 DIVULG 11-3-2015, PUBLIC. 12-3-2015).

No âmbito desta Corte, também vale o mesmo raciocínio:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM FACE DO ACÓRDÃO DE RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PROCESSUAL CIVIL. PEDIDO DE INGRESSO NO FEITO NA QUALIDADE DE AMICUS CURIAE, DEPOIS DE PAUTADO O JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATI-

VO DE CONTROVÉRSIA. INVIABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS POR ENTIDADE QUE NÃO FOI ADMITIDA NOS AUTOS COMO AMICUS CURIAE. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. O relatório do acórdão recorrido, após transcrever todos os arrazoados daquelas entidades admitidas como amicus curiae, observou que a ora embargante peticionou a destempo, apenas depois que o recurso já estava pautado para julgamento. Com efeito, a admissão do ingresso extemporâneo violaria o devido processo legal, surpreendendo partes, Ministério Público e amici curiae - a participação do amicus curiae é desejável para aprimorar o salutar debate acerca da tese afetada, e não para ensejar tumulto processual.

2. "O amicus curiae é um colaborador da Justiça que, embora possa deter algum interesse no desfecho da demanda, não se vincula processualmente ao resultado do seu julgamento. É que sua participação no processo ocorre e se justifica, não como defensor de interesses próprios, mas como agente habilitado a agregar subsídios que possam contribuir para a qualificação da decisão a ser tomada pelo Tribunal. **A presença de amicus curiae no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado**". (ADI 3460 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Ple-

no, julgado em 12/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-047 DIVULG 11-03-2015 PUBLIC 12-03-2015)

3. Por um lado, a ora embargante, que se manifestou nos autos extemporaneamente, não trouxe em seu arrazoadado argumentação relevante nova, e sustentou a mesma tese defendida por 2 das 3 entidades que ostentam a qualidade de amicus curiae. Por outro lado, não há direito subjetivo a ingresso no feito como amicus curiae, dependendo a admissão do exame ponderado caso a caso, inclusive para, v.g., assegurar um certo equilíbrio no debate a envolver a tese afetada.

4. Embargos de declaração não conhecidos. (EDcl no REspn.1.483.930/DF, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/04/2017, DJe 3/5/2017)

No caso, observo que o presente feito é recurso repetitivo, cujo julgamento transcende os interesses das partes litigantes, apontando a própria autora, ora recorrente, haver milhares de ações aguardando a definição da tese (o recorrido Itaú Unibanco, em petição protocolada em 18/10/2016, informa, à fl. 1.223, que já foram ajuizadas mais de 2.230 ações individuais).

Dessarte, segundo entendo, não é possível o deferimento do pedido da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo — ANNEP, tampouco a admis-

são de eventual sustentação oral, visto que ocasionaria surpresa às partes e ao Ministério Público.

3. Como é sabido, não se caracteriza, por si só, omissão, contradição ou obscuridade quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte.

Dessarte, não há falar em violação ao art. 535 do CPC/1973, pois o Tribunal de origem dirimiu as questões pertinentes ao litígio, não cabendo confundir omissão, obscuridade e contradição com entendimento diverso do perfilhado pela parte.

4. A questão controvertida — **e único objeto da afetação ao rito dos recursos repetitivos** — consiste em definir a necessidade ou não de suspensão das ações individuais em que se pleiteia indenização por dano moral em razão de suposta exposição à contaminação ambiental decorrente da exploração de jazida de chumbo no Município de Adrianópolis-PR até o julgamento das Ações Cíveis Públicas em trâmite na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba.

O acórdão recorrido do Tribunal de Justiça do Paraná dispôs:

Em relação à alegação de que as ações coletivas em trâmite na Justiça Federal e a presente ação não caracterizarem idêntica lide, necessário observar que já constou na decisão monocrática que é facultado ao juiz da causa aguardar o julgamento da “macro-lide”, objeto do processo de ação coletiva, a fim de privilegiar o in-

teresse público e preservar a efetividade da jurisdição, posto que se evita que decisões contrárias sejam proferidas. Ademais, importa ressaltar que tal entendimento encontra guarida em precedente jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, sob a sistemática do art. 543-C do CPC, conforme segue:

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PISO SALARIAL PROFISSIONAL NACIONAL PARA OS PROFISSIONAIS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DA EDUCAÇÃO BÁSICA. AÇÃO INDIVIDUAL. AJUIZAMENTO CONCOMITANTE COM AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO SINGULAR CONCERNENTE À AÇÃO INDIVIDUAL NO AGUARDAMENTO DO JULGAMENTO DA DEMANDA COLETIVA. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO REFERENDADO PELA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (ART. 543-C DO CPC).

1. A Segunda Seção deste Superior Tribunal consolidou orientação segundo a qual “ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”. (REsp 1.110.549/RS, representativo da controvérsia, Relator Ministro SIDNEI BENETI, DJe 14.12.2009).

2. Tal entendimento foi referendado quando do julgamento do REsp 1.353.801/RS, de minha relatoria, apreciada pela Primeira Seção, em 14.8.2013, também julgado sob o rito do artigo 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008 e publicado no DJe de 23/08/2013.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 206.694/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 27/09/2013)

Ademais, já restou consignado que a causa de pedir entre as ações é idêntica, considerando que tanto as ações individuais como as ações coletivas tratam de poluição x contaminação, bem como pretendem que as pessoas contaminadas sejam reparadas, ou seja, contemplam o pleito de danos morais, conforme exarado às fls. 408/409-TJ: [...]

Em que pese os agravados ainda não tenham sido citados, impende registrar que já se discorreu sobre outros meios hábeis de interromper a prescrição, conforme se verifica às fls. 410/411-TJ:

No tocante à suposta ofensa aos princípios e garantias processuais previstos nos artigos 214 e 219, ambos do Código de Processo Civil, denota-se que o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão paradigmático supra citado, enfatizou que ‘a suspen-

são do processo individual pode perfeitamente dar-se já ao início, assim que ajuizado’, não se olvidando, também, que nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se em mora o devedor, desde que o praticou (artigo 398, do Código Civil), e ainda, que a prescrição pode ser obstada de outras formas (por exemplo: interpelação, notificação, protesto), e que os alegados danos ambientais são contínuos (permanentes), tanto é verdade que a empresa poluidora cessou suas atividades em 1995, e a contaminação ambiental e os prejuízos à saúde da população remanescem até o presente momento, donde possível inferir, à primeira vista, que a prescrição não se consumou.

Como visto, o Tribunal local assestou que: a) é facultado ao juiz da causa aguardar o julgamento da macrolide, objeto do processo de ação coletiva, a fim de privilegiar o interesse público e preservar a efetividade da jurisdição, posto que se evita que decisões em sentido oposto sejam proferidas; b) consoante repe-titivos da Primeira e Segunda Seções (respectivamente REsp n. 1.110.549/RS, relator Ministro Sidnei Beneti, e REsp 1.353.801/RS, relator Ministro MAURO Campbell Marques), ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva; c) a causa de pedir entre

as ações é idêntica, considerando que tanto as ações individuais como as ações coletivas tratam de poluição/contaminação, bem como pretendem que as pessoas possivelmente contaminadas sejam reparadas, ou seja, contemplam o pleito de danos morais.

Consigno que as Ações Cíveis Públicas que ensejaram a suspensão processual são as de n. 5004891-93.2011.4004.7000 e n. 2001.70.00.019188-2 e que os processos coletivos tramitam no Juízo da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba. A primeira ação mencionada foi ajuizada pela associação Liga Ambiental e CEDEA - Centro de Estudos, Defesa e Educação Ambiental; a segunda, pelo Ministério Público do Estado do Paraná, Município de Adrianópolis e outro, em face da ré da presente ação Plumbum do Brasil Ltda., de José Carlos Leprevost e da União. Os feitos, cujos andamentos demonstram a expedição de inúmeros ofícios e ordens, produção de diversas provas, assim como franco intercâmbio de provas produzidas, encontram-se conclusos para sentença.

5. Nesse passo, por força do art. 21 da Lei n.º 7.347/85, o Capítulo II do Título III do Código de Defesa do Consumidor e a Lei das Ações Cíveis Públicas formam, em conjunto, um microsistema próprio do processo coletivo, devendo ser, portanto, interpretados sistematicamente.

Posta tal premissa, revela-se cabível o ajuizamento de ação civil pública, por qualquer dos

legitimados enumerados na Lei n.º 7.347/85, para garantir a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos causados.

Assim, em face do escopo jurídico e social das ações civis públicas na tutela dos direitos individuais homogêneos, busca-se reconhecer o evento factual gerador comum, do qual decorrem pretensões indenizatórias massificadas, a fim de se facilitar a defesa do lesado em juízo.

O legislador institui referidas ações partindo da premissa de que são, presumivelmente, propostas em prol de interesses sociais relevantes ou, ao menos, de interesse coletivo por legitimado ativo que se apresenta, *ope legis*, como representante idôneo do interesse tutelado (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores* — Lei n.º 7.347/1985 e legislação complementar. 12 ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2011, p. 430).

Ademais, otimiza a prestação jurisdicional prevenindo a atomização dos conflitos sociais, propiciando, no mais das vezes, tutela jurisdicional mais qualificada em vista de possível consideração de elementos contidos/apurados no feito coletivo, constituindo-se a ação relevante instrumento processual para reparação e prevenção de danos coletivos.

No ponto, tem-se por direitos difusos aqueles transindividuais cujos titulares são indeter-mina-

dos e indetermináveis (critério subjetivo), pertencendo, simultaneamente e indistintamente, a todos os integrantes de uma coletividade, o que caracteriza a natureza indivisível do objeto ou bem jurídico protegido (critério objetivo), figurando, como elemento comum, as circunstâncias do fato lesivo, e não a existência de uma relação jurídica base (critério de origem do direito lesado).

Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, são os metaindividuais titularizados por pessoas indeterminadas, mas determináveis como grupo, categoria ou classe (critério subjetivo), pertencendo a todos em conjunto e simultaneamente, caracterizado, assim, o caráter indivisível do objeto ou bem jurídico tutelado (critério objetivo), existindo uma relação jurídica base — anterior à lesão — como elo entre si ou com a parte contrária (critério de origem do direito).

Portanto, o que diferencia o direito difuso do direito coletivo *stricto sensu* é a determinabilidade dos seus titulares e a existência de relação jurídica base anterior à lesão.

Por derradeiro, os direitos individuais homogêneos referem-se a direitos individuais com dimensão coletiva, ou seja, aqueles que decorrem de lesões advindas de relações jurídicas massificadas/padronizadas. Seus titulares são pessoas determinadas (critério subjetivo), havendo resultado real da violação diverso para cada uma, o que configura a divisi-

bilidade de seu objeto ou do bem jurídico tutelado (critério objetivo), estabelecendo-se o vínculo entre os sujeitos em razão de uma circunstância de fato ou de direito com origem comum para todos.

O Ministério Público detém legitimidade ampla no processo coletivo. Assim, no bojo da ação civil pública, o *Parquet* poderá deduzir pretensões voltadas à reparação de categorias de direito diversas, quando ocorridas violações simultâneas no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso.

Nesse sentido, confira-se o magistério de Hugo Nigro Mazzilli:

Constitui erro comum supor que, em uma ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos). Nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie. Assim, à guisa de exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater os aumentos ilegais de mensalidades escolares já aplicados aos alunos atuais, buscar a repetição do indébito e, ainda, pedir a proibição de aumentos futuros; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo: *a)* interesses coletivos em sentido estrito (a *ilegalidade* em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado); *b)* interesses individuais homogêneos (a *repetição do indébito*,

proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado); c) interesses difusos (a proibição de imposição de aumentos para os *futuros alunos*, que são um grupo indeterminável). [...]

Outra confusão recorrente precisa ser desfeita: o mesmo interesse não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas. O que pode ocorrer é que uma combinação de fatos, sob uma mesma relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses trans-individuais de mais de uma espécie, os quais podem ser defendidos num único processo coletivo (MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 59-60).

Dessarte, à luz do art. 95 do CDC, em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

No ponto, a lição de Teori Zavaski é elucidativa:

A natureza da sentença proferida na ação civil pública é mais uma importante diferença a ser anotada em relação ao que ocorre nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos. Nas ações coletivas, conforme se verá, a sentença tem natureza peculiar, já que confere apenas tutela de conteúdo genérico, com juízo limitado ao âmbito da homogeneidade

dos direitos objeto da demanda, ficando a cargo de outra sentença a decisão a respeito das situações individuais e heterogêneas, relativas a cada titular lesado. **Já em se tratando de ação civil pública, a sentença fará, desde logo, juízo amplo e específico, o mais completo possível, a respeito da controvérsia.** Trata-se de “demanda plenária”, para usar a linguagem de Victor Firen Guillén. A ela se aplica a regra estrita do *caput* do art. 286 do CPC, segundo o qual o pedido deve ser certo, e não genérico, do que resultará, pelo princípio da congruência (CPC, art. 460), uma sentença com caráter semelhante. (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 6 ed. São Paulo: RT, 2014, p. 64 e 65)

De fato, é sabido que o lesado não tem legitimidade para ajuizar diretamente a ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos.

É bem de ver que, no tocante à tese recursal de violação ao art. 104 do CDC, ao fundamento de que a circunstância de existir ação coletiva em que se objetiva a tutela de direitos individuais homogêneos não induz litispendência para as ações individuais, no ponto, a disposição legal não inova o ordenamento jurídico. Por óbvio, “não é possível haver litispendência entre ações coletivas e ações individuais, por não ser viável uma perfeita identidade entre seus três elementos”

(ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber. ANDRADE, Landolfo. *Interesses difusos e coletivos*. 8 ed. São Paulo: Método, 2018, p. 188).

Contudo, previu o Código de Defesa do Consumidor, de forma excepcional, a possibilidade de integração do lesado ao feito na qualidade de litisconsorte, nos seguintes termos:

Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Quanto ao dispositivo, salienta a doutrina que:

Na medida em que o escopo da ação coletiva em sede de interesses individuais homogêneos é defender, de modo molecular, os próprios interesses individuais decorrentes de origem comum, desde que preenchidos os requisitos específicos da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito e de fato individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de Justiça e eficácia da sentença, importante incentivar-se a participação do indivíduo no processo coletivo. (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 233).

Verifica-se, assim, a possibilidade de intervenção dos interes-

sados, a título de litisconsortes do autor legitimado (na ação coletiva), e que serão alcançados, por conseguinte, por essa atuação.

Apesar disso, o referido litisconsórcio deverá ser examinado com temperamento, uma vez que existem peculiaridades processuais que deverão ser adequadas à respectiva tutela coletiva, pois, apesar de assumir a condição de litisconsorte (facultativo e unitário — em que a decisão deverá ser uniforme com relação a todos), **“não poderá apresentar novas demandas, ampliando o objeto litigioso da ação coletiva à consideração de seus direitos pessoais, o que contrariaria todo o espírito de ‘molecularização’ da causa”** (GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.*). *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, Vol. II, Processo Coletivo, p. 151).

Note-se:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS PROMOVIDAS CONTRA A ANATEL E EMPRESAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO DE TELEFONIA. CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA LEGITIMIDADE DA COBRANÇA DE TARIFA DE ASSINATURA BÁSICA NOS SERVIÇOS DE TELEFONIA FIXA. [...] 7. Por outro lado, também a existência de várias ações coletivas a respeito da mesma questão jurídica não representa, por si só, a possibilidade de ocorrer decisões antagônicas envolvendo as mesmas pesso-

as. **É que os substituídos processuais (= titulares do direito individual em benefício de quem se pede tutela coletiva) não são, necessariamente, os mesmos em todas as ações. Pelo contrário: o normal é que sejam pessoas diferentes, e, para isso, concorrem** pelo menos três fatores: (a) a limitação da representatividade do órgão ou entidade autor da demanda coletiva (= substituto processual), (b) **o âmbito do pedido formulado na demanda** e (c) a eficácia subjetiva da sentença imposta por lei, que “abrange-á apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito de competência territorial do órgão prolator” (Lei n.º 9.494/97, art. 2º-A, introduzido pela Medida Provisória 2.180-35/2001). [...]

15. Conflito conhecido em parte, apenas com relação às ações coletivas propostas perante a 2ª Vara Especializada da Justiça Estadual de Salvador, BA, e a 1ª Vara Federal de Salvador, BA, para declarar a competência da Justiça Federal. (CC n. 48.106/DF, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Ac. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/9/2005, DJ 5/6/2006, p. 233)

É que o art. 103, § 1º, do CDC ressalva que os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, da categoria ou da classe; e o § 3º do mesmo dispositivo esclarece que

os efeitos da coisa julgada, de que cuida o art. 16, c/c o art. 13 da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista nesse Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

O mencionado artigo tem a seguinte redação:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

Todavia, a título de oportuna e conveniente ressalva, bastante diferente é a situação em que, havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, em ação individual, se reconheça possível reivindicar dano não contemplado no objeto da demanda coletiva.

Essa é também a abalizada lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, para quem a preocupação da ciência processual não é tanto com a preservação de uma relação *lógica* entre os julgados, coletivo e individual — até porque não é essa a finalidade da coisa julgada —, mas sim evitar que a possível discrepância desborde para o plano prático, tornando antitéticos os respectivos comandos:

Admitida, pois, a inevitabilidade do duplo contexto judiciário -coletivo/individual- há de se ter presente que as situações de cúmulo objetivo permitidas na jurisdição singular (pedidos cumulados; reunião de ações por continência ou conexão; reconvenção, intromissão de demandas secundárias), não se transladam confortavelmente para o ambiente judiciário coletivo, até porque neste último o que se quer é justamente preservar a indivisibilidade do objeto, evitando a pulverização do conflito, mercê de uma reposta judiciária *molecularizada*, na consagrada expressão de Kazuo Watanabe. Ao mesmo tempo em que o sistema persegue esse desiderato, procura não perder de vista o fato de que o lesado individual pode não querer aderir ao plano coletivo, nem tampouco aguardar o seu desfecho, e nesse caso ele é livre para ajuizar sua própria demanda. Por tudo isso o próprio legislador adiantou-se em reconhecer que inócorre *litispendência* entre a ação coletiva e os pleitos individuais (art. 104 do CDC), afirmação que tem claro propósito pedagógico, já que naqueles dois planos não coincidem os *tria eadem* (partes, pedido, causa), e por isso não se poderia, mesmo, falar em litispendência.

[...]

Numa metáfora, o trâmite concomitante desses dois planos jurisdicionais afigura-se como o giro paralelo de duas engrenagens de diverso tamanho, impondo a necessidade de um adequado *eixo diferencial*

que compense e sincronize as respectivas rotações, por modo que a roda grande (a ação coletiva) não opere como fator inibitório das rodas pequenas (as ações individuais), nem permitindo, tampouco, que estas últimas entrem ou comprometam a utilidade da tutela coletiva. Dito de outro modo, *não é por causa* da coisa julgada que essas duas rodas - a do processo de massa e a dos processos individuais - têm tamanhos diferentes: a coisa julgada não tem, de per si, natureza substantiva, e por isso se limita a estabilizar a resposta judiciária *nas dimensões em que esta mesma se apresenta*. Essas dimensões, à sua vez, guardam correspondência com a natureza e a dimensão do interesse coletivo, na forma como foi posto o *pedido*.

[...]

As dificuldades para a movimentação harmônica desses dois planos judiciais recrudescem na intrigante questão da *convivência* entre as coisas julgadas emergentes daqueles dois ambientes judiciais, como se nota neste exemplo: (i) a ação coletiva julgada improcedente, após cognição exauriente e prova plena, com trânsito em julgado, onde se pleiteava a interdição de medicamento por conter princípio ativo afirmadamente perigoso, significa na prática uma *declaração negativa* quanto a indigitada periculosidade, e, desse modo, (ii) tirante os usuários desse medicamento que tenham se litisconsorciado ao pleito coletivo (CDC, arts. 94 e 103, § 2º) e assim, tornados *partes*, ficaram sujeitos à efi-

cácia da declaração ali emitida; os demais indivíduos estão livres para ajuizar suas demandas ou prosseguir nas que estavam sobrestadas, para *ganhá-las ou perdê-las*, conforme as alegações que façam e as provas que produzam. O exemplo evidencia que a preocupação da ciência processual, não é tanto com a preservação de uma relação *lógica* entre os julgados, coletivo e individual -até porque não é essa a finalidade da coisa julgada - mas sim evitar que a possível discrepância desborde para o plano prático, tornando antitéticos os respectivos comandos.

[...]

No ponto, pondera Teresa Arruda Alvim Wambier: “Se é certo que é indesejável coexistirem decisões diferentes para casos idênticos, pois isto desmoraliza o Poder Judiciário e decepçiona o jurisdicionado, também é certo que o nosso sistema tolera este fenômeno. Por isso é que os indivíduos podem intentar mandado de segurança individuais para não pagar determinados tributos, podem os aposentados pleitear reajustes individualmente etc. [...] É com a virtualidade de contradição no plano prático que mais se preocupa a ciência processual, o que ocorre se em duas ações forem emitidos comandos impossíveis, um esvaziando o conteúdo do outro, um dando e outro tirando. [...]

No plano lógico, esse contexto pode causar espécie

ao cidadão comum [...], mas ao menos resta o conforto de que esse paradoxo, sore não desbordar para o plano prático, não se projeta em modo pan-processual, confinado que fica aos limites subjetivos da coisa julgada - CPC, art. 472.

[...]

Buscando atalhar o *mal maior*, que seria a contradição no plano prático, elaborou o legislador brasileiro um engenhoso sistema de convivência entre os planos coletivo e individual, que pode ser assim sumariado: (1) a judicialização do conflito coletivo não obsta o ajuizamento da ação individual concernente ao mesmo *thema decidendum*, mas, se esta última prosseguir em *paralelo* á coletiva, o autor individual não poderá aproveitar-se de eventual coisa julgada favorável que se venha a formar no plano coletivo, numa aplicação da parêmia *electa una via non datur regressus ad alteram*; (2) quem, individualmente, quiser aproveitar-se de uma eventual coisa julgada coletiva *favorável* que se venha a formar ao final do pleito coletivo, deverá adotar uma de duas condutas: ou bem não ajuíza de pronto sua demanda ou sobresta aquela porventura já iniciada, em qualquer caso ficando “à espera” do desfecho da ação coletiva; (3) quem não adotar nenhuma dessas alternativas e prosseguir na demanda individual assumirá o risco de esta vir a ser eventualmente rejeitada. sem que se possa invocar em seu prol a eventual coisa julgada formada no jul-

gado acolhedor da pretensão coletiva; (4) o réu na ação coletiva (v.g., o fabricante, o comerciante), a qual ao final veio a ser rejeitada no mérito, após cognição plena e exauriente, com trânsito em julgado, não poderá ser reconduzido ao pólo passivo de uma segunda ação coletiva sobre o mesmo objeto litigioso, embora possa vir a ser demandado nas ações individuais.

Verdade que a temida *contradição prática* entre os planos coletivos e singular não incide propriamente os *pedidos* formulados em cada qual desses processos (e nem nos correspondentes comandos judiciais, que se projetam em diversa dimensão e intensidade), mas sim no choque entre os *fundamentos* das ações confrontadas, isto é, nas respectivas *causas de pedir*. Isso é possível por vigorar dentre nós a técnica da *substanciação* (CPC, art. 282, II), que funde o pedido e suas premissas, para plasmar o objeto litigioso. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 513-517)

6. No caso, como bem pontuado no acórdão recorrido, em multicitado *leading case* deste Órgão julgador, no recurso repetitivo REsp n. 1.110.549/RS, relator Ministro Sidnei Beneti, restou consolidado o entendimento de que, ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinária-

rios, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

O precedente tem a seguinte ementa:

RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE.

1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva.

2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art. 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n.º 11.672, de 8.5.2008).

3.- Recurso Especial improvido. (REsp n. 1.110.549/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009)

Nesse precedente, Sua Excelência dispôs:

Efetivamente o sistema processual brasileiro vem buscando soluções para os processos que repetem a mesma lide,

que se caracteriza, em verdade, como uma macro-lide, pelos efeitos processuais multitudinários que produz. Enorme avanço da defesa do consumidor realizou-se na dignificação constitucional da defesa do consumidor (CF/1988, arts. 5º, XXXII, e 170, V). Seguiu-se a construção de sede legal às ações coletivas (CDC, art. 81, e seu par. ún., I, II e III). Veio, após, a instrumentalização processual por intermédio da Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/85, art. 1º, II), que realmente abriu o campo de atuação para o Ministério Público e de tantas relevantíssimas entidades de defesa do consumidor, de Direito Público ou Privado.

[...]

Atualizando-se a interpretação jurisprudencial, de modo a adequar-se às exigências da realidade processual de agora, deve-se interpretar o disposto no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, preservando o direito de *ajuizamento* da pretensão individual na pendência de ação coletiva, mas suspendendo-se o *prosseguimento* desses processos individuais, para o aguardo do julgamento de processo de ação coletiva que contenha a mesma macro-lide.

[...]

O direito ao *ajuizamento* individual deve também ser assegurado, no caso de processos multitudinários repetitivos, porque, se não o fosse, o autor poderia sofrer consequências nocivas ao seu direito, decorrentes de acidentalidades que levassem à frustração circunstancial, por motivo se-

cundário, do processo principal, mas esse ajuizamento não impede a suspensão.

A interpretação presente preserva a faculdade de o autor individual acionar (*poderá*, diz o art 81 do Código de Defesa do Consumidor) e observa precedentes deste Tribunal, não fulminando o processo individual pela litispendência (REsp 14.473, 3ª Turma, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, DJ 16.3.98 e REsp 160.288, 4ª Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 13.8.01), precedentes esses que, ainda recentemente levaram a julgamento nesse sentido pela 3ª Turma, inclusive com o voto concordante do subscritor do presente (REsp 1.037.314, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, DJ 20.6.2008).

Mas a faculdade de suspensão, nos casos multitudinários abre-se ao Juízo, em atenção ao interesse público de preservação da efetividade da Justiça, que se frustra se estrangulada por processos individuais multitudinários, contendo a mesma e única lide, de modo que válida a determinação de suspensão do processo individual, no aguardo do julgamento da macro-lide trazida no processo de ação coletiva.

[...]

Seria, convenha-se, longo e custoso caminho desnecessário, de cujo inútil trilhar os órgãos judiciários e as próprias partes conscientes concordarão em poupar-se, inclusive, repita-se, em atenção ao interesse público de preservar a viabilidade do próprio sistema judiciário ante as demandas multitudinárias decorrentes de macro-lides.

A suspensão dos processos individuais, portanto, repousa em entendimento que não nega vigência, aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, apenas lhes atualizando a interpretação extraída de toda a potencialidade desses dispositivos legais.

10.-Na identificação da macro-lide multitudinária, deve-se considerar apenas o capítulo principal substancial do processo coletivo.

No ato de suspensão não se devem levar em conta peculiaridades da contrariedade (p. ex., alegações diversas, como as de ilegitimidade de parte, de prescrição, de irretroatividade de lei, de nomeação de gestor, de julgamento por Câmaras Especiais e outras que porventura surjam, ressaltada, naturalmente, a extinção devido à proclamação absolutamente evidente e sólida de pressupostos processuais ou condições da ação), pois, dada a multiplicidade de questões que podem ser enxertadas pelas partes, na sustentação de suas pretensões, o não sobrestamento devido a accidentalidades de cada processo individual levaria à ineficácia do sistema.

Questões incidentais restarão no aguardo de eventual movimentação do processo individual no futuro, ou, se não houverem sido julgados antes, posteriormente serão julgadas no pró-

prio bojo da defesa na execução de sentença coletiva.

Em decorrência da reserva de questões incidentais, não haverá nenhum prejuízo para as partes, pois, além da acentuada probabilidade de todas as questões possíveis virem a ser deduzidas nas ações coletivas, tem-se que, repita-se, se julgadas estas procedentes, as matérias poderão ser trazidas à contrariedade processual pelas partes na execução individual que porventura se instaure – não sendo absurdo, aliás, imaginar, em alguns casos, o cumprimento espontâneo, como se dá no dia-a-dia de vários setores da atividade econômico-produtiva, noticiados pela imprensa.

No mesmo diapasão, a Primeira Seção, por ocasião também de julgamento de recurso repetitivo, REsp n. 1.353.801/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, invocando o repetitivo da Segunda Seção, sufragou o entendimento de que, ajuizada ação coletiva atinente à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva, ponderando que a coletivização da demanda, seja no polo ativo, seja no polo passivo, é um dos meios mais eficazes para a realização do acesso à justiça, porquanto, além de reduzir os custos, consubstancia-se em instrumento para a concentração de litigantes em um polo, evitando-se, assim, os problemas decorrentes dos inúmeros procedimentos semelhantes.

Na mesma toada, menciona-se precedente da Corte Especial (AgRg nos EAREsp n. 693.242/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2015, DJe 26/2/2016), inclusive com invocação da Súmula 168/STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM RAZÃO DE CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. MATÉRIA JÁ SUBMETIDA À APRECIACÃO DA COLENDIA CORTE ESPECIAL DESTE TRIBUNAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 168 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA LIMINARMENTE INDEFERIDOS. DECISÃO MANTIDA EM SEUS PRÓPRIOS TERMOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. “Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva” (AgRg nos EAREsp 585.756/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/08/2015, DJe 31/08/2015)

2. Incide, portanto, sobre a espécie o verbete sumular n.º 168 do STJ: “Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EAREsp n. 693.242/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/12/2015, DJe 26/2/2016)

7. No mesmo sentido, apreciando especificamente a questão controvertida nos presentes autos, consignam-se precedentes das duas Turmas de Direito Privado, que refletem a remansosa jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE DANO AMBIENTAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. MATÉRIA SUBMETIDA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. REGRAMENTO DIRIGIDO AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA. ART. 543-C DO CPC/73. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. OMISÃO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO E/OU NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL INEXISTENTES. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CAUSA DE PEDIR QUE COINCIDE COM A DA AÇÃO INDIVIDUAL. DECISÃO QUE SUSPENDEU A AÇÃO INDIVIDUAL ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA DE DANO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE. PREJUDICIALIDADE EXTERNA CONFIGURADA. PRECEDENTES.

1. Inaplicabilidade do NCPD neste julgamento ante os termos do Enunciado n.º 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência

do Superior Tribunal de Justiça.

2. A afetação de determinado recurso ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C, do CPC, não implica a suspensão ou sobrestamento das demais ações já em curso no Superior Tribunal de Justiça, mas apenas as em trâmite nos tribunais de origem.

3. Inexiste violação do art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal a quo se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, e desnecessário rebater uma a uma as razões suscitadas pelas partes.

4. As instâncias ordinárias consignaram que as causas de pedir entre a ação coletiva e a individual são idênticas, sendo que nas ações civis públicas também está sendo pleiteada a reparação dos danos morais sofridos pelas pessoas expostas à contaminação.

5. Reconhecendo se tratar de macro-lide geradora de processos multitudinários, forçosa a suspensão das ações individuais até o julgamento das Ações Civis públicas n.ºs 5004891-93.2011.404.7000 e 2001.70.00.019188-2, encontrando-se, assim, o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento consolidado no STJ em recurso repetitivo. Precedente da Segunda Seção.

6. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, mantém-se a decisão proferida, por não haver motivos para a sua alteração.

7. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1541065/PR, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 14/11/2016)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. SOBRESTAMENTO DE RECURSO DA COMPETÊNCIA DO STJ. DESNECESSIDADE. MACROLIDE. AÇÕES INDIVIDUAIS MULTITUDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA SEÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.110.049/RS.

1. A omissão a que se refere o inciso II do artigo 535 do CPC é aquela que recai sobre ponto que deveria ter sido decidido e não o foi, e não sobre os argumentos utilizados pelas partes. No caso, o Tribunal de origem manifestou-se sobre a questão apontada omissa, apenas não vindo a decidir no sentido pretendido pelo recorrente, o que não configura vício de omissão.

2. “A afetação de determinado recurso ao rito dos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC, não implica a suspensão ou o sobrestamento das demais ações já em curso no Superior Tribunal de Justiça, mas, apenas, as em trâmite nas instâncias ordinárias” (AgRg na Rcl 27.689/MG, Rel.

Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe de 16/11/2015).

3. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.110.049/RS, firmou o entendimento quanto à possibilidade de suspensão dos processos individuais multitudinários para que se aguarde o julgamento da macrolide proveniente de ação coletiva.

4. Agravo interno não provido. (AgRg no AREsp n. 681.836/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/8/2016, DJe 09/9/2016)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. SOBRESTAMENTO DE RECURSO DA COMPETÊNCIA DO STJ. DESNECESSIDADE. MACROLIDE. AÇÕES INDIVIDUAIS MULTITUDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. ORIENTAÇÃO DA SEGUNDA SEÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DO RESP 1.110.049/RS.

1. A omissão a que se refere o inciso II do artigo 535 do CPC é aquela que recai sobre ponto que deveria ter sido decidido e não o foi, e não sobre os argumentos utilizados pelas partes. No caso, o Tribunal de origem manifestou-se sobre a questão apontada omissa, ape-

nas não vindo a decidir no sentido pretendido pela recorrente, o que não configura vício de omissão.

2. “A afetação de determinado recurso ao rito dos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC, não implica a suspensão ou o sobrestamento das demais ações já em curso no Superior Tribunal de Justiça, mas, apenas, as em trâmite nas instâncias ordinárias” (AgRg na Rcl 27.689/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/11/2015, DJe de 16/11/2015).

3. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.110.049/RS, firmou o entendimento quanto à possibilidade de suspensão dos processos individuais multitudinários para que se aguarde o julgamento da macrolide proveniente de ação coletiva.

4. Agravo interno não provido. (AgRg no AREsp n. 707.390/PR, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/8/2016, DJe 09/9/2016)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (art. 544 do CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS -AÇÃO COLETIVA -MACRO-LIDE -SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS -APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ -DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO - INSURGÊNCIA DO AUTOR.

1. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o REsp n.º 1.110.549/RS,

adotou o posicionamento de que o ajuizamento de ação coletiva pode acarretar a suspensão dos processos que têm por objeto a proteção individual do mesmo direito.

2. Na hipótese dos autos, as instâncias ordinárias consignaram que as causas de pedir entre a ação coletiva e a individual são idênticas sendo que nas ações civis públicas também estão sendo pleiteados a reparação dos danos morais sofridos pelas pessoas expostas à contaminação. Portanto, verificando tratar-se de macro-lide geradora de processos multitudinários, forçosa a suspensão das ações individuais até o julgamento das ações civis públicas identificadas no presente feito, encontrando-se, assim, o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento consolidado no STJ em sede de recurso repetitivo.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 642.594/PR, Rel. Min. MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 4/2/2016, DJe 16/2/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DO ART. 543-C DO CPC. SOBRESTAMENTO DE RECURSO DA COMPETÊNCIA DO STJ. DESNECESSIDADE. MACROLIDE. AÇÕES INDIVIDUAIS MULTITUDINÁRIAS. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. ORIENTAÇÃO DA SEGUN-

DA SEÇÃO FIRMADA NO JULGAMENTO DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. Conforme a jurisprudência da Corte, a submissão de recurso ao rito dos recursos representativos da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, não implica, por si só, a suspensão ou o sobrestamento dos feitos que já se encontram em curso no Superior Tribunal de Justiça, mas, apenas, daqueles em trâmite nas instâncias inferiores.

2. Não subsiste a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, pois o tribunal de origem enfrentou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição ou obscuridade

3. A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento quanto à possibilidade de suspensão dos processos individuais multitudinários para que se aguarde o julgamento da macrolide proveniente de ação coletiva.

4. A consonância do acórdão recorrido com a orientação jurisprudencial desta Corte Superior atrai a incidência da Súmula n.º 83/STJ, aplicável a ambas as alíneas autorizadas da abertura da via especial.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 713.997/PR, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1/12/2015, DJe 9/12/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. INDENIZAÇÃO

POR DANOS MORAIS SUPOSTAMENTE SOFRIDOS. SOBRESTAMENTO EM RAZÃO DE MATÉRIA AFETA COMO REPRESENTATIVA DE CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA CONTRA A SUSPENSÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. POSSIBILIDADE DA SUSPENSÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A determinação de suspensão dos processos prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil somente atinge os recursos em trâmite perante os Tribunais locais, não se aplicado aos processos em trâmite nesta Corte Especial.

2. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. (REsp 1110549/RS, Rel.

Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1530799/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 10/11/2015)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS.

CONTAMINAÇÃO AMBIENTAL. SOBRESTAMENTO DO FEITO. MATÉRIA SUBMETIDA À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. REGRAMENTO DIRIGIDO AOS TRIBUNAIS DE SEGUNDA INSTÂNCIA. ART. 543-C DO CPC. SUSPENSÃO DA AÇÃO INDIVIDUAL EM RAZÃO DO TRÂMITE DE AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. RESULTADO DESFAVORÁVEL. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SEGUNDA SEÇÃO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.

1. A afetação de determinado recurso ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC, não implica a suspensão ou sobrestamento das demais ações já em curso no Superior Tribunal de Justiça, mas, apenas, as em trâmite nos tribunais de origem. Não há falar em violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal de origem resolveu fundamentadamente as questões pertinentes ao litígio, mostrando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.

3. O entendimento desta Corte é de que, ajuizada ação coletiva relativa à macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. Precedente da Segunda Seção.

4. Não sendo a linha argumentativa apresentada pelo agravante capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp n. 1533239/PR, Rel. Min. MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/9/2015, DJe 8/10/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SUPOSTAMENTE SOFRIDOS. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SEGUNDA SEÇÃO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O artigo 543-C do Código de Processo Civil não previu a necessidade de sobrestamento nesta Corte do julgamento de recursos que tratem de matéria afeta como representativa de controvérsia repetitiva, mas somente da suspensão dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida nos tribunais de segunda instância.

2. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julga-

to da ação coletiva. (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

3. Diante dos fatos narrados no acórdão recorrido, acerca da multiplicidade de ações individuais existentes e da possibilidade real destas gerarem decisões judiciais contraditórias, mormente pela existência de uma ação civil pública cuidando da mesma questão jurídica, mostra-se acertada a decisão do Tribunal local de suspender os processos singulares.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 631.161/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/5/2015, DJe 02/6/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO AMBIENTAL. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS SUPOSTAMENTE SOFRIDOS. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DE AÇÕES INDIVIDUAIS ATÉ O JULGAMENTO DA AÇÃO COLETIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA SEGUNDA SEÇÃO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O artigo 543-C do Código de Processo Civil não previu a necessidade de sobrestamento nesta Corte do julgamento de recursos que tratem de matéria afeta como representativa de controvérsia repetitiva, mas somente da suspensão dos recursos nos quais a con-

trovérsia esteja estabelecida nos tribunais de segunda instância.

2. Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. (REsp 1110549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009).

3. Diante dos fatos narrados no acórdão recorrido, acerca da multiplicidade de ações individuais existentes e da possibilidade real destas gerarem decisões judiciais contraditórias, mormente pela existência de uma ação civil pública cuidando da mesma questão jurídica, mostra-se acertada a decisão do Tribunal local de suspender os processos singulares.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 701.679/PR, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 26/5/2015, DJe 2/6/2015)

Esse é também o escólio da doutrina especializada, na vigência do CPC/2015, bem pontuado no sentido de que “pode haver hipóteses em que o mais adequado, efetivo e eficiente não seja o procedimento bifásico que se liga a sentença condenatória genérica [...], e sim ir além desta no próprio processo coletivo, tornando-se desnecessária, ao menos de modo geral, a “conversão da ação individual em cumprimento de sentença”:

Portanto, ainda que não haja reunião de processos (o que poderia, aliás, comprometer o próprio funcionamento do respectivo órgão judiciário), **“o ajuizamento de demanda coletiva deve determinar a suspensão da tramitação das causas individuais que discutam o mesmo conflito, até o julgamento definitivo daquela. Somente em casos excepcionais, devidamente justificados, poderá o juiz autorizar que a demanda individual siga tramitando enquanto em curso a ação civil pública”**. (Arenhart, 2014, p. 280). **Inclusive, pode haver hipóteses em que o mais adequado, efetivo e eficiente não seja o procedimento bifásico que se liga a sentença condenatória genérica [...], e sim ir além desta no próprio processo coletivo, tornando-se desnecessária, ao menos de modo geral, a “conversão da ação individual em cumprimento de sentença”**. (MOREIRA, Egon Bockamnn; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à lei de ação civil pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e temas atuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 228)

8. Outrossim, em acréscimo aos argutos fundamentos citados, não se discute que não é possível a renúncia ao direito sobre o que se funda a ação coletiva por não ser de titularidade do legitimado extraordinário coletivo, mas é

inequívoco que, em não se tratando de situações jurídicas coletivas passivas, por ser benéfico ao lesado, nada impede o reconhecimento da procedência do pedido ou, em qualquer caso, de pactuação de transação. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo coletivo*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 324)

A autocomposição nos direitos coletivos, mediante a denominada Justiça Multiportas e a tutela adequada em litígios complexos, pela própria atipicidade dos meios de solução de conflitos, propicia, ainda, uma *mending justice* (justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade de convivência dos envolvidos.

Ademais, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), negócio jurídico administrativo consensual passível de ser celebrado por um órgão público legitimado ao ajuizamento de ação civil pública, previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/1985, pode ser celebrado no decorrer da tramitação do processo coletivo — resultando em seu encerramento ou suspensão — e não traz consigo adjetivos quanto à licitude da conduta, mas procura, consensualmente, adaptá-la aos interesses coletivos ou de massa que pretende proteger. (MOREIRA, Egon Bockamnn; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à lei de ação civil pública: revisitada, artigo por artigo, à luz*

do Novo CPC e temas atuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 370-371)

A suspensão das ações individuais — o que não implica prejuízo à adoção de eventuais medidas de natureza cautelar pelo juízo do feito coletivo — nitidamente facilita a celebração desse aludido acordo (TAC). A doutrina anota:

Nesta nova justiça, a solução judicial deixa de ter a primazia nos litígios que permitem a autocomposição e passa a ser *ultima ratio*, *extrema ratio*. A ideia de adequar o acesso à justiça aos direitos é defendida internacionalmente. A justiça não estatal não é apenas alternativa, mas, em determinados casos, é a justiça mais adequada. O princípio que faculta essa possibilidade é justamente o princípio da adequação. Assim, do acesso à justiça dos tribunais passamos ao acesso aos direitos pela via adequada de composição, da mesma forma que, no campo do processo, migramos da tutela processual, como fim em si mesmo, para a tutela dos direitos, como finalidade do processo. A doutrina reafirma esta mudança, que significa, além da necessidade de adequação da justiça, a emergência da atipicidade dos meios de solução de conflitos [...]. Agora, o direito de acesso aos tribunais é um direito de resguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros.

[...]

O que importa atualmente, como visto, não é mais o selo da “alternatividade”, de todo duvidosa, aposto à conciliação ou à mediação.

[...]

Aos olhos do CPC não há superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias. Como afirmou a doutrina: ‘a única relação que, num Estado Democrático de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão os modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos. Esta observação não é inconsequente, pois ela repercute efeitos sobre a compatibilidade constitucional de soluções que impliquem a criação de entraves processuais ou desvantagens patrimoniais no acesso aos tribunais’.

[...]

No processo coletivo não é nem poderia ser diferente. Embora cuide de direitos indisponíveis, cabe autocomposição em causas coletivas, não há dúvida.

[...]

A Lei de Ação Civil Pública (art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/1985), modificada pelo Código de Defesa do Consumidor, instituiu o chamado compromisso de ajustamento de conduta, negócio jurídico extrajudicial com força de título executivo, celebrado por escrito entre os órgãos públicos legitimados à proteção dos interesses tutelados

pela lei e os futuros réus dessas respectivas ações.

[...]

A autocomposição é alcançada no mais das vezes pela negociação direta entre o órgão público e o possível réu de ação coletiva.

[...]

Pelo compromisso de ajustamento de conduta, não se pode dispensar a satisfação do direito transindividual ofendido; não cabe a renúncia, mas, tão somente, a regulação do modo como se deverá proceder à reparação dos prejuízos, a concretizar dos elementos normativos para a efetivação do direito coletivo.

Isso não quer dizer que o “espaço de negociação” seja pequeno. Como afirma Ana Luíza de Andrade Nery, ‘o espaço transacional possível no compromisso de ajustamento de conduta não se refere a aspectos meramente formais do negócio (...). As partes poderão entabular, no compromisso, direitos e obrigações para ambas as partes, que lhe confiram caráter de máxima eficiência para os fins pretendidos pelo celebrantes. Assim, poderão ser previstas obrigações a serem cumpridas tanto pelo particular como pela entidade pública que celebra o ajustamento’.

[...]

Geisa Rodrigues aponta as distinções entre o ajustamento de conduta judicial e o extrajudicial: a) a legitimidade para o ajuste judicial é mais ampla do que o extrajudicial, restrito aos órgãos públicos; b)

as implicações processuais que surgem do acordo judicial (extinção, com consequente produção de coisa julgada, ou suspensão do feito até o efetivo cumprimento do ajuste), estranhas ao extrajudicial; [...]. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo coletivo*. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 322-328)

E também melhor propicia a adoção de medida(s) que contemple(m) de imediato as reparações de danos mais preementes (v.g., pronta reparação ambiental mitigando os desdobramentos deletérios do dano, pagamento de verbas de natureza alimentar, entre outras), visto que, ao reflexamente suspender feitos individuais, confere maior calculabilidade dos gastos reparatórios imediatos, assim como a mitigação instantânea dos custos com demandas atomizadas, de modo a, em muitos casos, compatibilizar-se com o nível econômico-financeiro do responsável por danos de vulto.

Evita-se também, nos danos de magnitude, com potencial de ocasionar a insolvência do responsável, que apenas os primeiros sejam indenizados, em prejuízo dos que ajuízam a ação mais tardiamente (em regra, os mais vulneráveis).

Ademais, por um lado, há apuração de que a ação civil pública contém o pleito indenizatório requerido na ação individual. Por outro lado, após a tramitação do processo coletivo, o Juízo do feito individual poderá solicitar có-

pia dos autos, tendo preciosos subsídios fáticos e técnicos relevantes para que possa proferir uma sentença de maior qualidade e adequada ao caso — o que melhor contempla o princípio da efetividade do processo.

No caso concreto, fica bem nítida a inconveniência da tramitação do feito individual, pois, como relatado, consta no andamento processual das ações civis públicas inúmeras determinações probatórias, inclusive ofícios expedidos a órgãos públicos solicitando diversas providências. Em petição (fls. 1.222-1.242), assegura o recorrido Itaú Unibanco, a reforçar a alta complexidade envolvida para a solução do presente litígio, que constam os seguintes elementos nos feitos coletivos: a) laudo pericial produzido pelo Instituto de Perícia, Ciência e Tecnologia de Curitiba (LACTEC) indicando que a elevada concentração de chumbo na região se justifica pela própria característica geológica da localidade, uma vez que se trata de uma jazida de chumbo; b) os locais nos quais se verifica concentração elevada de chumbo estariam restritos às áreas contíguas as instalações da indústria mineradora Plumbum (não se estendendo a “toda a região do Vale do Ribeira”, como alegam os autores individuais); c) no relatório de avaliação de risco realizado pela Secretaria da Saúde do Paraná e pela Companhia de Saneamento do Paraná (SANEPAR) afirma-se que não houve contaminação das águas;

d) na audiência de instrução, o Bioquímico da Secretaria da Saúde do Paraná afirma que “não teriam sido constatadas situações de real e grave doença provocada pela exposição ao chumbo”; e) o Ministério Público diverge da União, pois, enquanto o ente federado entende que o valor de referência da normalidade seria até 40 µg/dl — considerando como exposição excessiva os valores acima de 60 µg/dl (com base na Portaria n.º 24/1994 do Ministério do Trabalho) —, o *Parquet* adota uma posição mais restrita, entendendo que o valor de exposição excessiva deveria ser estabelecido em 10 µg/dl.

Com efeito, segundo entendo, e na linha dos repetitivos desta e da Primeira Seção e dos precedentes da Corte Especial — referidos neste voto —, o mais prudente é o sobrestamento dos feitos individuais até a solução definitiva do litígio coletivo, como, aliás, vem sendo feito pelas instâncias ordinárias.

De fato, o desate do mérito ensejará o exame de aspectos técnicos de peculiar complexidade diante das divergências já assinadas pelos diversos órgãos que acompanharam o desenrolar da questão.

9. A tese, portanto, do recurso repetitivo é a seguinte:

Até o trânsito em julgado das Ações Civis Públicas n. 5004891-93.2011.4.004.7000 e n. 2001.70.00.019188-2, em tramitação na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba, atinentes

à macrolide geradora de processos multitudinários em razão de suposta exposição à contaminação ambiental decorrente da exploração de jazida de chumbo no Município de Adrianópolis-PR, deverão ficar suspensas as ações individuais.

10. No caso concreto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente o Dr. André Luís Santos Meira, pela recorrente, Eleuza Machado de Lima;

o Dr. Walter José Faiad de Moura, pelo amicus curiae, Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - Brasilcon; a Dra. Patrícia Rios Salles de Oliveira, pela recorrida Lloyds TSB Banck PLC e o Dr. David Pereira Cardoso, pelo recorrido Itaú Unibanco S.A.;

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial e fixou a seguinte tese repetitiva:

“Até o trânsito em julgado das ações civis públicas n. 5004891-93.2011.4004.7000 e n. 2001.70.00.019188-2, em tramitação na Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Curitiba, atinentes à macrolide geradora de processos multitudinários em razão de suposta exposição à contaminação ambiental, decorrente da exploração de jazida de chumbo no Município de Adrianópolis-PR, deverão ficar suspensas as ações individuais.”

Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Superior Tribunal de Justiça

Consignação em folha de pagamento. Morte do mutuário. Manutenção da dívida. Lei n.º 10.820/2003.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AFASTADA. CONTRATO DE CRÉDITO CONSIGNADO EM FOLHA DE PAGAMENTO. FALECIMENTO DA CONSIGNANTE. EXTINÇÃO DA DÍVIDA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. ART. 16 DA LEI 1.046/50. REVOGAÇÃO TÁCITA. IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. SÚMULA 7/STJ. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Embargos à execução opostos em 02/10/13. Recurso especial interposto em 25/01/18 e concluso ao gabinete em 20/07/18.

2. O propósito recursal é dizer sobre a extinção da dívida decorrente de contrato de crédito consignado em folha de pagamento, em virtude do falecimento da consignante.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489, §1º, IV, do CPC.

4. Pelo princípio da continuidade, inserto no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, excetuadas as hipóteses legalmente admitidas, a lei tem caráter permanente, vigendo até que outra a revogue. E, nos termos do § 1º do referido dispositivo, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita).

5. A leitura dos arts. 3º e 4º da Lei n.º 1.046/50 evidencia que se trata de legislação sobre consignação em folha de pagamento voltada aos servidores públicos civis e militares.

6. Diferentemente da Lei n.º 1.046/50, a Lei n.º 10.820/03 regula a consignação em folha de pagamento dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e dos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social.

7. Segundo a jurisprudência do STJ, houve a ab-rogação tácita.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1772107&num_registro=201801683198&data=20181122&formato=PDF>

ta ou indireta da Lei n.º 1.046/50 pela Lei n.º 8.112/90, pois esta tratou, inteiramente, da matéria contida naquela, afastando, em consequência, a sua vigência no ordenamento jurídico.

8. Malgrado a condição da consignante - se servidora pública estatutária ou empregada celetista; se ativa ou inativa - não tenha sido considerada no julgamento dos embargos à execução opostos pelos recorrentes, tal fato não impede o julgamento deste recurso especial, porquanto, sob qualquer ângulo que se analise a controvérsia, a conclusão é uma só: o art. 16 da Lei n.º 1.046/50, que previa a extinção da dívida em virtude do falecimento do consignante, não está mais em vigor, e seu texto não foi reproduzido na legislação vigente sobre o tema.

9. No particular, a morte da consignante não extingue a dívida por ela contraída mediante consignação em folha, mas implica o pagamento por seu espólio ou, se já realizada a partilha, por seus herdeiros, sempre nos limites da herança transmitida (art. 1.997 do CC/02).

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido, com majoração de honorários advocatícios recursais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformida-

de dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Brasília (DF), 13 de novembro de 2018(Data do Julgamento).

REsp 1.753.135. DJe 22/11/2018.

RELATÓRIO

MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Relatora

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Cuida-se de recurso especial interposto por RAMIRO GASPAROTTO e outros com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional.

Ação: embargos à execução, opostos pelos recorrentes, em face do BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A, no qual requerem a extinção da ação executória em razão da extinção da dívida oriunda de contratos de crédito consignado em folha de pagamento decorrente do falecimento da genitora dos recorrentes.

Sentença: julgou procedente o pedido formulado na petição inicial, extinguindo a execução, declarando extinta a dívida oriunda dos contratos de crédito con-

signado e de crédito consignado INSS com garantia de fiança firmado pela genitora dos ora recorrentes.

Acórdão: deu provimento à apelação interposta pela instituição bancária, nos termos da ementa a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXECUÇÃO. EMBARGOS. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO CONSIGNADO. FALECIMENTO DA MUTUÁRIA.

O falecimento do devedor de contrato de empréstimo consignado não acarreta a extinção da dívida, uma vez que a herança responde pela dívida. Precedentes desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça. Na esteira do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os juros remuneratórios somente são considerados abusivos quando comprovado que discrepantes em relação à taxa de mercado. Caso concreto em que os juros pactuados são inferiores à taxa média de mercado. Nos contratos firmados após o advento da Medida Provisória n.º 1.963-17, de 30.03.2000, reeditada sob o n.º 2.170-36/2000, é possível a capitalização mensal dos juros, desde que pactuada. Precedentes Jurisprudenciais. Recurso Extraordinário n.º 592.377, com repercussão geral reconhecida - tema 33. Devida a cobrança de comissão de permanência, uma vez que pactuada expressamente e não cumulada com outros encargos.

Embargos de Declaração: opostos pelos recorrentes, foram rejeitados.

Recurso Especial: os recorrentes sustentam, além da ocorrência de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 16 da Lei n.º 1.046/50, 2.º. §1º, da LINDB, aduzindo que o falecimento do consignante causa e extinção da obrigação, não havendo que falar na revogação do referido dispositivo de lei.

Assinalam, ainda, negativa de vigência ao art. 1.º da Lei n.º n. 8009/90 e art. 832 do CPC, aduzindo que o imóvel herdado pelos recorrentes não pode ser penhorado, visto que serve à entidade familiar, sendo a morada dos três filhos da falecida.

Sustentam, também, contrariedade aos arts. 489, §1º, IV e 1.013, §3º, do CPC, aduzindo que o Tribunal de origem teria sido omissos acerca da impenhorabilidade do imóvel e que a matéria acerca de tal tema não se encontrava em condição de imediato julgamento, não tendo havido o curso da instrução probatória ampla.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

O propósito recursal é dizer sobre a extinção da dívida decorrente de contrato de crédito consignado em folha de pagamento, em virtude do falecimento da consignante.

1. Da competência

Inicialmente, cumpre destacar que o contexto delineado pelas instâncias ordinárias não revela se a consignante detinha a condição de servidora pública estatutária, a atrair a competência da 1ª Seção, ou de empregada regida pelo regime celetista, a atrair a competência da 2ª Seção; tampouco esclarece se ela se encontrava em atividade ou inatividade quando da contratação celebrada com o recorrido.

Contudo, tendo em vista que a controvérsia foi resolvida com base na aplicação da Lei n.º 10.820/03, que regula a consignação em folha de pagamento dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e dos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social, passo ao julgamento do mérito.

2. Da negativa de prestação jurisdicional

Os recorrentes sustentam que o Tribunal de origem não enfrentou os argumentos relativos à impenhorabilidade dos imóveis, o que implicaria a nulidade do julgamento.

Todavia, percebe-se que o acórdão recorrido se manifestou expressamente sobre a impenhorabilidade do imóvel (e-STJ fl. 237) e reiterou seu entendimento no julgamento dos embargos de declaração (e-STJ fl. 264), não se confundindo ausência de fundamentação com decisão contrária aos interesses da parte.

Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação dos art. 489, §1º, IV, do CPC.

3. Da extinção da dívida por morte do consignante

A Lei n.º 1.046/50 dispõe sobre a consignação em folha de pagamento e prevê, em seu art. 16, que, ocorrido o falecimento do consignante, ficará extinta a dívida.

Por sua vez, a Lei n.º 10.820/03 também dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências, mas não tratou da hipótese de morte do consignante.

Pelo princípio da continuidade, inserto no art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB, excetuadas as hipóteses legalmente admitidas, a lei tem caráter permanente, vigendo até que outra a revogue. E, nos termos do § 1º do referido dispositivo, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita).

Vale ressaltar que a LC 95/98, em seu art. 9º, evidencia que a opção do legislador é pela revogação expressa ou direta, porquanto estabelece que a cláusula de revogação deverá enumerar,

expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

No particular, todavia, infere-se que a Lei n.º 10.820/03 não declarou, expressamente, revogada a Lei n.º 1.046/50, tanto que esta ainda consta como formalmente vigente na página eletrônica da Presidência da República.

Desse modo, faz-se então necessário analisar se houve a sua revogação tácita, total ou parcial.

3.1 Da Lei n.º 1.046/50

A leitura dos arts. 3º e 4º da Lei n.º 1.046/50 evidencia que se trata de legislação sobre consignação em folha de pagamento voltada aos servidores públicos civis e militares.

Inclusive, na mensagem de veto parcial ao projeto de lei 633-C/47, convertido na Lei n.º 1.046/50, Sua Excelência, o então Presidente da República, registrou o objetivo de "ampliar as transações que constituem uma espécie de válvula de desfôgo à vida privada dos servidores públicos, permitindo-lhes encontrar com mais facilidade, nos momentos difíceis, sem constrangimentos ou vexames, o recurso que, por outra forma talvez, lhes seria impossível conseguir".

Sob essa ótica, o STJ orienta que, "após a edição da Lei n.º 8.112/90, encontra-se revogada, no âmbito das entidades e dos servidores sujeitos ao seu regime, a disciplina de consignação em folha de pagamento disposta pelas Leis n.ºs 1.046/50 e 2.339/54" (REsp 688.286/RJ, 5ª Turma, julga-

do em 17/11/2005, DJ 05/12/2005). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.564.784/DF, 1ª Turma, julgado em 06/06/2017, DJe de 12/06/2017; REsp 1.672.397/PR, 2ª Turma, julgado em 21/09/2017, DJe de 09/10/2017.

Configura-se, pois, a ab-rogação tácita ou indireta da Lei n.º 1.046/50, na medida em que a Lei n.º 8.112/90 tratou, inteiramente, da matéria contida naquela, afastando, em consequência, a sua vigência no ordenamento jurídico.

E, não havendo na lei revogadora previsão semelhante à do art. 16 da Lei n.º 1.046/50, não há falar, a partir da entrada em vigor da Lei n.º 8.112/90, em extinção da dívida por morte do consignante.

3.2 Da Lei n.º 10.820/03

Diferentemente da Lei n.º 1.046/50, a Lei n.º 10.820/03 regula a consignação em folha de pagamento dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e dos titulares de benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral de Previdência Social.

Em consulta à tramitação da MP 130/03, convertida na Lei n.º 10.820/03, constata-se, inclusive, que foi rejeitada pelo Plenário da Câmara dos Deputados a emenda n.º 39, que previa a extensão dos efeitos da medida provisória aos servidores públicos civis ativos e inativos. Eis os termos do parecer do Relator, Deputado Nelson Meurer:

A Emenda n.º 39 prevê a extensão dos efeitos da medida provisória aos servidores públicos civis ativos e inativos.

Aqui, identificamos uma inconstitucionalidade frente ao disposto na alínea c do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal, que determina ser iniciativa exclusiva do Presidente da República as leis que dispõem sobre servidores públicos. Como a medida provisória restringe os seus efeitos aos trabalhadores celetistas, está configurado o vício de iniciativa na apresentação da emenda.

Ademais, a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico único, já prevê, em seu art. 45, parágrafo único, mediante autorização do servidor, a consignação de pagamento a favor de terceiro, matéria que foi regulamentada pelo Decreto n.º 3.297, de 17 de dezembro de 1999.

Esses os motivos que fundamentam nossa posição pela rejeição desta emenda. (texto disponível em [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=177539&filename=Tramitacao-MPV+130/2003;sem grifos no original](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=177539&filename=Tramitacao-MPV+130/2003;sem%20grifos%20no%20original)).

Daí se extrai claramente que a Lei n.º 10.820/03 não se aplica à consignação em folha de pagamento de servidores públicos civis, mesmo porque tal hipótese é integralmente regida pelo art. 45 da Lei n.º 8.112/90 e regulamentada, atualmente, pelo Decreto 8.690/16.

Logo, é equivocado o entendimento de que a Lei n.º 10.820/03 revogou a Lei n.º 1.046/50, na medida em que ambas versam sobre situações absolutamente distintas.

No entanto, mais uma vez, cailha ressaltar que, assim como na Lei n.º 8.112/90, não há na Lei n.º 10.820/03 a previsão de que a morte do consignante extinga a dívida por ele contraída.

4. Da impenhorabilidade do imóvel de família e a dívida objeto do contrato

Os recorrentes sustentam que o imóvel que herdaram da consignante-falecida serve à entidade familiar, razão porque não pode ser penhorado.

A Terceira Turma do STJ já decidiu esta matéria, pois ainda que o imóvel herdado seja protegido pela impenhorabilidade, a aceitação da herança operou contra os recorrentes a responsabilização pessoal, dentro dos limites legais, razão pela qual, não sendo possível o alcance do bem herdado, nada obstará que outros bens respondam por aquela dívida. Afastar a responsabilidade pessoal dos herdeiros ao argumento exclusivo da impenhorabilidade do imóvel equivaleria, portanto, a assegurar ao herdeiro acréscimo patrimonial não compatível com o acervo hereditário, acarretando, por fim, vedado enriquecimento sem causa (REsp 1591288/RS, DJe 30/11/2017).

De todo modo, a avaliação acerca da efetiva existência de

bem de família compete às instâncias ordinárias, pois indispensável o exame de fatos e provas, circunstância que inviabiliza o aprofundamento da discussão em recurso especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Da hipótese dos autos

Malgrado a condição da consignante - se servidora pública estatutária ou empregada celetista; se ativa ou inativa - não tenha sido debatida no julgamento dos embargos à execução opostos pelos herdeiros-recorrentes, tal fato não impede o julgamento deste recurso especial.

Isso porque, sob qualquer ângulo que se analise a controvérsia, a conclusão é uma só: o art. 16 da Lei n.º 1.046/50, que previa a extinção da dívida em caso de falecimento do consignante, não está mais em vigor, e seu texto não foi reproduzido na legislação vigente sobre o tema.

Assim, a morte da consignante não extingue a dívida por ela contraída mediante consignação em folha, mas implica o pagamento por seu espólio ou, se já realizada a partilha, por seus herdeiros, sempre nos limites da herança transmitida (art. 1.997 do CC/02).

Vale dizer que esta conclusão foi alcançada no julgamento do REsp 1498200/PR, (3ª Turma, DJe 07/06/2018), ainda sem pronunciamento, todavia, da 4ª Turma sobre a matéria.

De igual modo, o Tribunal de origem seguiu a orientação do STJ ao registrar que "a herança res-

ponde pelo pagamento das dívidas deixadas pelo falecido, cuja responsabilidade dos herdeiros está limitada à parte da herança que lhes couber" (e-STJ fl. 237).

6. Da divergência jurisprudencial

Entre os acórdãos trazidos à colação, não há o necessário cotejo analítico nem a comprovação da similitude fática, elementos indispensáveis à demonstração da divergência.

Assim, a análise da existência do dissídio é inviável, porque foram descumpridos os arts. 1029, §1º do CPC/15 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

7. Conclusão

Forte nessas razões, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGO-LHE PROVIMENTO, com majoração de honorários advocatícios recursais de 10% (e-STJ fl. 247) para 13% sobre o valor do débito (art. 85, §11, do CPC).

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso especial e, nesta parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro (Presidente) vota-

ram com a Sra. Ministra Relatora.
Ausente, justificadamente, o Sr.
Ministro Marco Aurélio Bellizze.

Tribunal Superior do Trabalho

Mudança de Estrutura salarial. Quitação a direitos previstos na estrutura anterior. Aplicação da Súmula n.º 51, II, do TST.¹

EMENTA OFICIAL

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE NÃO CONHECIDO. OPÇÃO PELA NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA DE 2008. EFEITOS. VALIDADE DA ADESÃO ÀS NOVAS REGRAS. INTEGRAÇÃO DE PARCELAS DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1998 NA BASE DE CÁLCULO DAS VANTAGENS PESSOAIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 51, II, DO C. TST. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. ART. 894, §2º, DA CLT. No caso concreto, está expressamente consignado no v. acórdão da Turma que houve transação quando a reclamante optou pelo ingresso na Estrutura Salarial Unificada de 2008, conferindo quitação a direitos previstos no PCS de 1998, impondo-se a tese da renúncia decorrente da adesão ao novo plano, nos termos do item II da Súmula n.º 51 do TST, de modo que o teor do verbete foi bem aplicado ao caso quando considerado o quadro fático ofertado

pelo eg. Tribunal Regional à apreciação da Turma. Não há falar, portanto, em contrariedade ao item II da Súmula n.º 51 desta c. Corte Superior. Igualmente, não há demonstração de especificidade dos arestos paradigmas aptos a configurar a divergência jurisprudencial, diante do item I da Súmula 296 desta c. Corte. Aplicação do art. 894, §2º, da CLT. Agravo regimental conhecido e desprovido.

(Processo: AgR-E-ARR - 5672-06.2011.5.12.0014 Data de Julgamento: 14/02/2019, Redator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 08/03/2019.)

ACÓRDÃO

SBDI-1

GMAAB/FPR

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO DE EMBARGOS. RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE NÃO CONHECIDO. OPÇÃO PELA

¹ Disponível em: <[Revista de Direito da ADVOCEF – Ano XIV – N.º 28 – Mai 19 **291**](http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AgR-E-ARR%20-%205672-06.2011.5.12.0014&base=acordao&rowid=AAANGHABIAAAPdMAAI&dataPublicacao=08/03/2019&localPublicacao=DEJT&query=NEAR((%20NEAR((%20NEAR((%20NEAR((%20ESTRUTURA,%20SALARIAL),%200,%20true),%20UNIFICADA),%200,%20true),%20DE),%200,%20true),%202008),%200,%20true)></p></div><div data-bbox=)

NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA DE 2008. EFEITOS. VALIDADE DA ADESÃO ÀS NOVAS REGRAS. INTEGRAÇÃO DE PARCELAS DO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1998 NA BASE DE CÁLCULO DAS VANTAGENS PESSOAIS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 51, II, DO C. TST. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. ART. 894, §2º, D CLT. No caso concreto, está expressamente consignado no v. acórdão da Turma que houve transação quando a reclamante optou pelo ingresso na Estrutura Salarial Unificada de 2008, conferindo quitação a direitos previstos no PCS de 1998, impondo-se a tese da renúncia decorrente da adesão ao novo plano, nos termos do item II da Súmula n.º 51 do TST, de modo que o teor do verbete foi bem aplicado ao caso quando considerado o quadro fático ofertado pelo eg. Tribunal Regional à apreciação da Turma. Não há falar, portanto, em contrariedade ao item II da Súmula n.º 51 desta c. Corte Superior. Igualmente, não há demonstração de especificidade dos arestos paradigmas aptos a configurar a divergência jurisprudencial, diante do item I da Súmula 296 desta c. Corte. Aplicação do art. 894, §2º, da CLT. Agravo regimental conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Embargos em Recurso de Revista com Agravo n.º TST-AgR-E-ARR-5672-06.2011. 5.12.0014, em que é Agravante ELIZETE ELIETE DE LIMA

FERREIRA e são Agravadas **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF e FUNDAÇÃO DOS ECONOMIÁRIOS FEDERAIS - FUNCEF.**

A Presidência da c. 8ª Turma, por meio do despacho às págs. 1772/1773, não admitiu o recurso de embargos interposto pela agravante, o que deu azo à interposição de agravo regimental, às págs. 1776/1803.

Impugnação e contraminuta não apresentadas, conforme certidão à pág. 1807.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, para emissão de parecer, não se tratando de hipótese prevista no art. 95 do Regimento Interno desta c. Corte.

É o relatório.

VOTO

CONHECIMENTO

Conheço do agravo, porque regular e tempestivo.

MÉRITO

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DA RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. OPÇÃO PELA NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA DE 2008. EFEITOS. VALIDADE DA ADESÃO ÀS NOVAS REGRAS. INTEGRAÇÃO DE PARCELAS DO PCS/98 NA BASE DE CÁLCULO DAS VANTAGENS PESSOAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 51, II, DO C. TST.

A C. 8ª Turma Desta Corte Superior não conheceu do recurso de revista da reclamante quanto ao tema “integração de parcelas do Plano de Cargos e Salários de

1998 na base de cálculo das vantagens pessoais”, conforme se extrai do seguinte excerto daquele acórdão (págs. 1724/1734):

“ 1. DIFERENÇAS DE VANTAGENS PESSOAIS. ADESÃO AO NOVO PCS. RENÚNCIA AO REGRAMENTO ANTERIOR.

Sobre o tema em análise, o Regional assim decidiu:

“ 1.2 - Transação. Adesão à Nova Estrutura Salarial

Embora tenha conferido validade à transação havida com a adesão da autora à nova estrutura salarial implantada em 2008, o juiz sentenciante deixou de dar aplicação prática à declaração, porquanto assinalou que as pretensões deduzidas nesta ação não estão abrangidas pela transação avençada.

Inconformada, a CEF aduz que **‘a discussão travada nos autos diz respeito à base de cálculo das vantagens pessoais**. Pretende a autora que na base de cálculo dessas vantagens seja incluída a verba ‘gratificação do cargo’.

E tem razão.

Inicialmente, ratifico o entendimento esposado no primeiro grau quanto à validade da transação conferida pela autora por ocasião de sua adesão à nova estrutura salarial. Isto porque, é fato que a empregada pôde decidir livremente pela adesão ou não à nova estrutura salarial, a qual foi fruto de negociação coletiva. A vontade das partes, então, foi preservada, tratando-se, assim, de ato jurídico per-

feito e acabado, eis que realizado na forma prevista ou não defesa em lei, por agente capaz, com objeto lícito e possível (art. 104 do Código Civil).

Nesses termos, não vejo como invalidar a opção manifestada pela empregada, até porque a autora nem sequer formulou pedido nesse sentido. Assim, aplicável ao caso sob exame o disposto no item ‘II’ da Súmula n.º 51 do TST:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT

[...]

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

Portanto, a migração do empregado para o novo plano de cargos e salários implica na renúncia às regras do sistema do outro. Isso porque, sob o enfoque da teoria do conglobamento, verifica-se que os benefícios contidos em um dos planos de cargos e salários compensam o outro, não sendo possível, assim, pinçar, em cada instrumento, a cláusula mais vantajosa e pedir sua aplicação. De modo que, havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles equivale a renúncia às regras do outro (Súmula 51, item II, do TST).

Corroborando esse entendimento, a seguir transcrevo duas ementas do egrégio TST: RECURSO DE REVISTA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. NOVA ESTRUTURA SALARIAL. CONDI-

ÇÕES PARA ADESAO. Segundo entendimento cristalizado na Súmula 51, II, do TST, - havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro -. Precedentes. Óbices do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333/TST. (Processo RR - 126700-26.2008.5.16.0016. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber, 3ª Turma, Publicação: DEJT 01/04/2011)

ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA 2008. NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. OPÇÃO DE ADESAO DO EMPREGADO. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. Se o eg. Tribunal Regional entendeu que os benefícios contidos em um dos planos de cargos e salários compensavam o outro, não é possível a reforma da v. decisão, pois não há como pinçar, em cada instrumento, a cláusula mais vantajosa e pedir sua aplicação. Assim, havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro (Súmula 51, item II desta c. Corte). No caso, a pretensão da reclamante era a de receber as vantagens trazidas por um plano de cargos e salários, sem, entretanto, dispor das vantagens obtidas no outro. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR - 108700-50.2008.5.03.0012, Data de Julgamento: 02/12/2009, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/12/2009)

Com efeito, **com a sua adesão à nova estrutura salarial, recebeu indenização dando quitação a eventuais direitos pretéritos, razão porque se torna inviável a pretensão da autora de ver atendido qualquer pedido que tenha como causa de pedir normas constantes do plano de cargos e salários de 1998.** Então, considerando que a pretensão relativa às diferenças de vantagens pessoais tem como causa de pedir o plano de cargos e salário de 1998, não há como deixar de considerar transacionada esta parcela.

Dessarte, dou provimento ao recurso da ré para reconhecer a quitação do pedido de diferenças salariais decorrentes das vantagens pessoais." (fls. 1.507/1.510 - peça 1)

Opostos embargos de declaração pela reclamante, foram rejeitados pelo Regional aos seguintes fundamentos:

"2.2 - CONTRADIÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. TRANSAÇÃO E PRESCRIÇÃO Alega a autora haver contradição na decisão regional, porquanto:

A decisão acolheu o recurso ordinário da reclamada para reconhecer a quitação em relação ao pedido de diferenças de vantagens pessoais. No entanto, no item seguinte, a decisão refere que houve ato único do empregador, e por isso, a pretensão da reclamante está fulminada pela prescrição total.

Inexiste contradição no julgado, pois não foram apostas na decisão regional premissas inconciliáveis entre si.

A questão nestes autos é simples: houve transação do direito postulado e, além disso, a pretensão está prescrita. Transação e prescrição não são institutos incompatíveis entre si. Rejeito os embargos.” (fls. 1.541/1.542 - peça 1)

A reclamante, às fls. 1.546/1.558 - peça 1, sustenta que o direito reclamado - diferenças de vantagens pessoais - não foi transacionado, tampouco quitado com a sua adesão ao novo plano de cargos e salários em 2008. Fundamenta o recurso de revista em violação dos artigos 5º, XXXV e XXXVI, da CF e 9º e 468 da CLT e em divergência jurisprudencial.

onforme se depreende do acórdão regional, é incontroverso que a reclamante aderiu ao novo plano de cargos e salários implantado em 2008. Entretanto, postula diferenças de vantagens pessoais com fundamento nas regras do antigo plano de cargos e salários de 1998, o que não encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal Superior.

O quadro fático registrado no acórdão recorrido não evidencia a existência de nenhum vício de consentimento no ato de adesão ao novo plano.

Dessa forma, ao aderir validamente a um novo PCS, tem-se, por consequência indiscutível, a aceitação integral das suas regras, de modo que não é possível a formulação de pretensão fundada no regramento anterior, nos termos do item II da Súmula n.º 51 do TST, que ora se transcreve:

“NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO

NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT

(...)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.”

Nesse contexto, verifica-se que a controvérsia foi decidida em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, consubstanciada no item II da Súmula n.º 51, o que inviabiliza o conhecimento do recurso de revista, nos termos da Súmula n.º 333 do TST. Por conseguinte, descabe cogitar de violação de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais e de divergência jurisprudencial.

Mantido o acórdão regional quanto à transação/quituação, revela-se desnecessária a análise da prescrição e do mérito da pretensão correlata, insurgência deduzida às fls. 1.558/1.579 - peça 1.

Ante o exposto, não conheço do recurso de revista.” [grifei]

A reclamante, então, interpôs recurso de embargos, cujo seguimento foi denegado por despacho da Presidência da 8ª Turma, com o seguinte teor:

“A Oitava Turma do Tribunal Superior do Trabalho, medianamente o acórdão de fls. 1722/1735, não conheceu do recurso de revista interposto pela reclamante - ELIZETE ELIETE DE LIMA FERREIRA no tocante ao tema “Diferenças de vantagens pessoais. Adesão ao novo PCS. Renúncia ao regramento anterior”.

Eis o teor da ementa do acórdão ora embargado, no que interessa:

"A) RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE. 1. DIFERENÇAS DE VANTAGENS PESSOAIS. ADESÃO AO NOVO PCS. RENÚNCIA AO REGRAMENTO ANTERIOR. A reclamante, não obstante tenha **aderido ao novo plano de cargos e salários implantado em 2008**, postula diferenças de vantagens pessoais com fundamento nas regras do antigo plano de cargos e salários de 1998, o que não encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal Superior, consubstanciada no **item II da Súmula n.º 51**. Recurso de revista não conhecido. (...)". (fls. 1722)

A reclamante interpõe embargos (fls. 1738/1769), sob a égide da Lei n.º 13.015/2014. Alega violação de dispositivos da Constituição Federal e transcreve arestos.

Inviável analisar, inicialmente, a alegação de ofensa a dispositivos da Constituição Federal, em face da redação dada ao artigo 894, II, da CLT, pela Lei n.º 13.015/2014, que vinculou a admissibilidade dos embargos à demonstração de divergência jurisprudencial entre Turmas do TST ou entre Turma e a Seção de Dissídios Individuais ou de contrariedade a Súmula ou Orientação Jurisprudencial do TST ou Súmula Vinculante do STF.

Quanto à configuração de divergência jurisprudencial, constato que a reclamante transcreveu na íntegra 3 (três) acórdãos de Turmas do TST, deixando de observar, assim,

o entendimento consolidado na Súmula 337, I, "b", do TST, que exige a demonstração de conflito de teses mediante indicação específica dos trechos e/ou ementas dos acórdãos paradigmas.

Não há como ler a íntegra de um acórdão paradigma para analisar se as premissas fáticas são idênticas e se há teses diversas sobre a incidência das mesmas normas. Incumbe à parte embargante articular tais questões (Súmula 337, I, "b", do TST).

De todo modo, em relação ao tema "Diferenças de vantagens pessoais. Adesão ao novo PCS. Renúncia ao regimento anterior", a Oitava Turma consignou às fls. 1728: "*O quadro fático registrado no acórdão recorrido não evidencia a existência de nenhum vício de consentimento no ato de adesão ao novo plano*".

Esclareço que esta Oitava Turma, em nenhum momento, analisou a questão de eventual renúncia ao direito de ação. Assentadas tais premissas, conclui-se que o acórdão ora embargado encontra-se em plena conformidade com a Súmula 51, II, do TST.

Por fim, sob qualquer ângulo que se aprecie a questão, não há como admitir os presentes embargos.

Ante o exposto, autorizado nos termos dos artigos 894, § 2º, da CLT, IX, do RITST, e 2º, *caput*, da Instrução Normativa n.º 35/2012, **denego** seguimento aos embargos."

Nas razões do agravo regimental, a reclamante sustenta que seu

recurso de embargos comporta provimento porque atende aos requisitos legais, com demonstração de especificidade nos arestos colacionados, quanto à tese relacionada aos efeitos da adesão à nova estrutura salarial da reclamada (Estrutura Salarial Unificada - ESU, de 2008), razão pela qual não há falar nos óbices impostos pelo despacho denegatório.

Extraí-se do v. acórdão da Turma que a pretensão da reclamante consiste na inclusão da gratificação de cargo na base de cálculo das vantagens pessoais com amparo no Plano de Cargos e Salários de 1998.

Ocorre, todavia, que a autora optou por migrar para a nova Estrutura Salarial Unificada de 2008, transacionando os direitos decorrentes do PCS de 1998, em relação aos quais conferiu quitação, não havendo vício do consentimento apto a invalidar a opção, mormente porque a tratativa foi fruto de norma coletiva e não houve pedido de nulidade da transação.

No recurso de embargos, a reclamante invoca contrariedade ao item II da Súmula n.º 51 do TST, segundo o qual, “havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro”.

Da leitura da decisão da Turma e da transcrição do acórdão do eg. Tribunal Regional nela contida, que delineia o quadro fático ao qual se deve fidelidade, em nenhuma passagem se extrai

que a Estrutura Salarial Unificada de 2008 assegurou a incorporação da gratificação do cargo na base de cálculo das vantagens pessoais incorporadas no PCS de 1998, tampouco há notícia de que se discute inobservância do cálculo correto quando da migração para o novo plano de cargos e salários.

Ao revés, o acórdão embargado é categórico ao afirmar que a reclamante “*postula diferenças de vantagens pessoais com fundamento nas regras do antigo plano de cargos e salários de 1998*” (págs. 1727/1728), de modo que somente a partir do revolvimento dos fatos é que se poderia fixar premissas diversas, o que não se admite nesta seara recursal extraordinária.

Assim, como está expressamente consignado no v. acórdão da Turma que houve transação quando a reclamante optou pelo ingresso na Estrutura Salarial Unificada de 2008, conferindo quitação a direitos previstos no PCS de 1998, impõe-se a tese da renúncia decorrente da adesão ao novo plano, nos termos do item II da Súmula n.º 51 do TST, de modo que o teor do verbete foi bem aplicado ao caso quando considerado o quadro fático ofertado pelo eg. Tribunal Regional à apreciação da Turma.

Logo, não há falar em contrariedade ao item II da Súmula n.º 51 desta c. Corte Superior.

De outro lado, a embargante não logra demonstrar a especificidade dos arestos paradigmas aptos a configurar a divergência jurisprudencial.

O excerto da c. 7ª Turma do TST (págs. 1742/1751) cuida de hipótese em que a parte reclamante postulou a incorporação da gratificação na base de cálculo das vantagens pessoais apenas em relação aos salários ANTERIORES à sua adesão à Estrutura Salarial Unificada de 2008, circunstância que não foi relatada no caso em exame, porque não foi consignado o lapso temporal do pedido, mas apenas que a reclamante, após a adesão ao ESU 2008, pretendeu direitos previstos no PCS de 1998. Portanto, o aresto é inespecífico.

O precedente oriundo da c. 5ª Turma do TST (págs. 1752/1755) traz o seguinte esclarecimento: *“na verdade, não pretendeu o Reclamante a incidência de regras do plano anterior sobre o novo plano, mas apenas a manutenção dos direitos adquiridos preexistentes à migração, em face das regras estabelecidas para o saldamento e adesão ao Novo Plano”* (pág. 1754 - grifei), circunstâncias não consignadas no acórdão embargado da c. 8ª Turma.

Por fim, o aresto da c. 6ª Turma do TST (págs. 1756/1765) também não impulsiona o conhecimento dos embargos, pois consignou tese de que as normas regulamentares se incorporam ao contrato de trabalho como direi-

to adquirido, sendo que a norma coletiva não tem o condão de transacionar direitos individuais do empregado; logo, ao examinar o tema, a c. 6ª Turma não partiu da premissa de que houve opção individual e renúncia perpetrada pela parte reclamante, como ocorre no caso em exame, o que torna o aresto também inespecífico.

Portanto, diante do teor do item I da Súmula n.º 296 do TST, não merece provimento o agravo regimental, devendo ser mantida a denegação dos embargos, ainda que por fundamento diverso.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, conhecer e negar provimento ao agravo regimental. Vencidos os Exmos. Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, relator, Augusto César Leite de Carvalho, José Roberto Freire Pimenta, Hugo Carlos Scheuermann e Renato de Lacerda Paiva.

Brasília, 14 de fevereiro de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001).

ALEXANDRE AGRA BELMONTE,
Ministro Relator.

Tribunal Superior do Trabalho

Novo plano de benefícios de previdência privada. Exigência de saldamento de plano anterior. Ato de renúncia. Validade.¹

EMENTA OFICIAL

AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE PRESIDENTE DE TURMA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DE EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N.º 13.015/2014.

CEF. ADESÃO AO NOVO PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS. CONDIÇÃO. SALDAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RENÚNCIA. VALIDADE.

São válidos o ato normativo interno CI VIPES/SURSE 24/2008 e o Termo Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho, em que foi exigido dos empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98 associados à Funcef o saldamento do Plano de Benefícios de Complementação de Aposentadoria REG/REPLAN para adesão ao novo Plano de Funções Gratificadas de 2010. Dessa maneira, a opção do empregado por um dos regulamentos tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por entidades de previdência privada, bastando não estar viciada a renúncia. Ade-

mais, em observância ao princípio do conglobamento, há que se determinar a aplicação integral do regulamento pelo qual o empregado venha a optar. Acrescenta-se que a migração para o novo regulamento instituído pela reclamada não foi automática, e sim espontânea, não sendo possível assegurar ao autor o direito de ser vinculado ao novo plano sem que tenha de renunciar às regras do antigo. Precedentes. Agravo desprovido.

(Processo: AgR-E-RR - 189500-25.2013.5.13.0008 Data de Julgamento: 14/03/2019, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/03/2019.)

ACÓRDÃO

SbDI-1

GMJRP/ap/rb/abj

AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE PRESIDENTE DE TURMA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DE EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N.º 13.015/2014.

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AgR-E-RR%20-%20189500-25.2013.5.13.0008&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAQGPAAO&dataPublicacao=22/03/2019&localPublicacao=DEJT&query=>>>

CEF. ADEÇÃO AO NOVO PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS. CONDIÇÃO. SALDAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RENÚNCIA. VALIDADE.

São válidos o ato normativo interno CI VIPES/SURSE 24/2008 e o Termo Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho, em que foi exigido dos empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98 associados à Funcef o saldamto do Plano de Benefícios de Complementação de Aposentadoria REG/REPLAN para adesão ao novo Plano de Funções Gratificadas de 2010. Dessa maneira, a opção do empregado por um dos regulamentos tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por entidades de previdência privada, bastando não estar viciada a renúncia. Ademais, em observância ao princípio do conglobamento, há que se determinar a aplicação integral do regulamento pelo qual o empregado venha a optar. Acrescenta-se que a migração para o novo regulamento instituído pela reclamada não foi automática, e sim espontânea, não sendo possível assegurar ao autor o direito de ser vinculado ao novo plano sem que tenha de renunciar às regras do antigo. Precedentes.

Agravo desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Embargos em Recurso de Revista nº **TST-AgR-E-RR-189500-25.2013.5.13.0008**, em que é Agravante **MARCO ANTÔNIO DE**

ALBUQUERQUE e Agravada **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.**

Trata-se de agravo interposto pelo reclamante, por petição constante de processo eletrônico (seq. 16), contra decisão do Presidente da Sexta Turma do TST, por meio da qual se negou seguimento aos seus embargos, porque não caracterizados os requisitos do artigo 894, inciso II, da CLT (seq. 14).

Em razões de agravo, a parte sustenta que seu recurso de embargos deve ser admitido. Alega, em síntese, que sofreu prática discriminatória, vedação de ascensão funcional, impossibilidade de participação em processo seletivo interno, sem falar em percepção de remuneração menor que os demais empregados e a obrigação de renúncia às ações judiciais interpostas em desfavor da empresa. Argumenta pela aplicação do entendimento consagrado no item I da Súmula n.º 51 desta Corte. Por outro lado, aduz que não se poderia excluir a indenização por danos morais decorrentes da prática discriminatória adotada pela reclamada.

Indica contrariedade à Súmula n.º 51, itens I e II, desta Corte, violação dos artigos 5º, incisos V, X e XXXVI, e 7º, incisos XXX e XXXII, da Constituição Federal, 5º e 461 da CLT e 186, 467 e 927 do Código Civil. Colaciona, ainda, arestos para demonstrar divergência jurisprudencial.

Foi apresentada impugnação aos embargos (seq. 19).

Os autos não foram remetidos à Procuradoria-Geral do Trabalho,

ante o disposto no artigo 95 do Regimento Interno desta Corte. É o relatório.

VOTO

AGRAVO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DE PRESIDENTE DE TURMA DENEGATÓRIA DE SEGUIMENTO DE EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N.º 13.015/2014.

CEF. ADESÃO AO NOVO PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS. CONDIÇÃO. SALDAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RENÚNCIA. VALIDADE.

A Sexta Turma desta Corte conheceu do recurso de revista interposto pela reclamada por contrariedade à Súmula n.º 51, item II, desta Corte e, no mérito, deu-lhe provimento para julgar improcedentes os pedidos da inicial.

Eis os fundamentos da referida decisão:

“1.2.1. ADESÃO À NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA - ESU 2008. ADESÃO AO NOVO PLANO DA FUNCEF. RENÚNCIAS E SALDAMENTO DO PLANO REG/REPLAN.

O Regional reformou a sentença e condenou a reclamada a reclassificar o reclamante na Estrutura Salarial Unificada de 2008, referência 230, bem como a lhe pagar os títulos correspondentes. Assim restou consignado no acórdão (fls. 956/969):

Insurge-se o reclamante contra a decisão que julgou improcedentes os pedidos formulados na peça de ingresso.

Sob os argumentos acima relatados, **busca o autor, ora recorrente, a sua inclusão na nova Estrutura de Cargos e Salários, denominada Estrutura Salarial Unificada - ESU/2008, independentemente de adesão ao Novo Plano da FUNCEF, que implica renúncias e saldamento do plano anterior (REG/REPLAN).**

Com efeito, a CEF, visando à reestruturação salarial unificada de seus empregados, firmou o Acordo Coletivo de Trabalho 2007/2008 perante a Confederação Nacional dos Trabalhadores nas Empresas de Crédito - CONTEC, cuja Cláusula 46 ficou assim redigida (seq. 12, p. 46, dos autos do Proc. n. 0025600-71.2010.5.13.0006):

CLÁUSULA 46 - UNIFICAÇÃO DAS CARREIRAS ADMINISTRATIVAS

A CAIXA assume o compromisso de desenvolver projeto estruturado em estudo técnico e de viabilidade econômica visando à unificação das Carreiras Administrativas dos PCS/89 e 98, na estrutura salarial do PCS/98, de forma a estruturar tabela única de remuneração e unificar as regras de promoção por antiguidade e merecimento, objetivando sua implementação em 2008.

Parágrafo Primeiro - A adesão à nova Tabela Salarial dar-se-á de forma espontânea, mediante a opção individual de cada empregado, de acordo com as condições que serão estabelecidas pela CAIXA.

Pela dicção das regras supracitadas, estabelecidas as condições pela CAIXA, cabia ao re-

clamante optar, ou não, pela adesão às regras do novo plano. Ao não aderir, não há como ele se beneficiar das vantagens oferecidas no novo Plano de Cargos e Salários. Se assim não fosse, passaria de estruturação para desestruturação salarial, já que cada empregado buscaria extrair o que melhor lhe atendesse de cada plano.

Ademais, embora o ACT 2007/2008 já tivesse delegado à CEF o poder de estabelecer as condições para a adesão dos empregados, a implementação da nova Estrutura Salarial Unificada 2008 ocorreu, igualmente, de forma negociada, nos termos do Aditivo ao ACT 2007/2008, que instituiu as condições para adesão dos empregados às novas regras, dispondo:

Cláusula 5ª. A adesão às novas condições da Estrutura Salarial Unificada 2008 dar-se-á de forma espontânea, mediante opção individual do empregado (-).

Parágrafo 3º - Poderão aderir à Estrutura Salarial Unificada 2008 todos os empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98, com exceção dos empregados associados à FUNCEF vinculados ao REG/REPLAN sem saldamento.

Sabe-se que, ao aderir ao Novo Plano de Cargo e Salários, o empregado da CEF, de forma espontânea, abre mão de ações visando à alteração do salário padrão, mediante o recebimento de uma indenização em valor fixado pela Caixa, importando em transação levada a efeito com o aval do sindicato da categoria, por-

tanto, indene a vícios de consentimento, inexistindo, a meu ver, impedimento legal para tal, já que envolve direito laboral discutido judicialmente, portanto, passível de acordo perante esta Justiça Especializada. O mesmo ocorre no caso de não adesão, não havendo que se falar em afronta aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais mencionados nas razões do recurso.

Nesse diapasão, prescrevem os arts. 840 e 841 do novel Código Civil Pátrio, no Capítulo XIX, intitulado 'DA TRANSAÇÃO', in verbis:

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

Constata-se que o princípio da irrenunciabilidade dos direitos, que informa o Direito do Trabalho, tem alcance sobre créditos trabalhistas, pondo em equilíbrio empregado e patrão, mas não sobre transações asseguradas por concessões mútuas, cujos direitos estejam imantados ela indisponibilidade relativa. A renúncia é um ato unilateral de uma das partes, ao desistir de um direito que a lei lhe assegura; enquanto a transação constitui-se em um pacto contratual pelo qual as partes põem termo a obrigações litigiosas e/ou duvidosas.

É de se notar, ainda, que a pretensão do autor contraria a teoria do conglobamento e esbarra no entendimento jurisprudencial cristalizado na Sú-

mula 51, II, do TST, abaixo transcrita:

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT

I - Omissis.

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

Assim, fixada condição para adesão a novo plano de cargos e salários, por meio de acordo coletivo, não há ilegalidade na exigência de saldamento do REG/REPLAN e migração para o novo plano como condição para adesão à nova estrutura salarial de 2008 (art. 7º, XXVI, CF). De modo que a opção do empregado em permanecer como beneficiário do plano previdenciário anterior (REG/REPLAN) não lhe dá o direito de usufruir das vantagens estabelecidas na nova estrutura de cargos e salários (PCS/2008). Do contrário, importaria admitir a coexistência de regulamentos distintos, o que não é possível, conforme se verifica no item II do citado entendimento sumular.

De tal arte, diante do contexto dos autos, entendo que não haveria como prover o intento do recorrente, mantendo-se a sentença que julgou improcedente a postulação. Este é meu posicionamento, exarado em inúmeros processos já apreciados por esta Corte.

É de se notar, contudo, que, em acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, da lavra do De-

sembargador Ribamar Lima Júnior, nos autos da ação civil pública 01086-2008-005-10-00-0, a questão mereceu solução diversa, válida em todo o território nacional, conforme ementa abaixo transcrita:

1. COMPETÊNCIA. DANOS DE ALCANCE NACIONAL. LEI N.º 8.078/90, ARTIGO 93. OJ N.º 130 DA SBDI-2 DO COLENDO TST. 'AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. EXTENSÃO DO DANO CAUSADO OU A SER REPARADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 93 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Para a fixação da competência territorial em sede de ação civil pública, cumpre tomar em conta a extensão do dano causado ou a ser reparado, pautando-se pela incidência analógica do art. 93 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a extensão do dano a ser reparado limitar-se ao âmbito regional, a competência é de uma das Varas do Trabalho da Capital do Estado; se for de âmbito suprarregional ou nacional, o foro é o do Distrito Federal.' 2. LITISPENDÊNCIA. AÇÃO COLETIVA. DIREITOS COLETIVOS. Em se tratando de ação coletiva para defesa de interesses ou direitos coletivos (inciso II do parágrafo único do artigo 81 do CDC), não ocorre litispendência com relação às ações individuais, haja vista que, nas ações coletivas, o objeto cinge-se a um pedido de obrigação de fazer ou não fazer e/ou a uma condenação de caráter genérico pelos danos materiais e/ou morais causados genericamente aos interesses metaindividuais; já nas

ações individuais, o pleito diz respeito a uma condenação pelos danos pessoalmente sofridos pelos trabalhadores. 3. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. ACORDOS COLETIVOS DE TRABALHO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. Revela-se descabido aceitar-se que uma norma coletiva, cujo fim precípua é a composição das categorias simétricas, em verdadeira atitude de pacificação social, sirva como abrigo à derrocada de direitos já conquistados pelos empregados, os quais lançam-se, de olhos vendados, na alea de um futuro, no qual a percepção de que lograram desvantagens com a migração para novo PCS já seja tardia e inócua. Por tal razão, constatada a violação a princípios laborais e constitucionais, revelando-se verdadeira renúncia a direitos trabalhistas, impõe-se aos empregados o direito de aderirem à nova estrutura salarial unificada, independentemente de renúncia ou desistências, beneficiando-se do novo regramento empresarial sem qualquer limitação funcional ou financeira. 4. Recursos conhecidos e parcialmente providos. É imperioso, por conseguinte, adotar, como razões de decidir, os fundamentos elencados no acórdão supracitado, os quais seguem em destaque:

3.2. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - VALIDADE - CLÁUSULAS ABUSIVAS (RECURSO DA RECLAMADA) OBRIGATORIEDADE DE MIGRAÇÃO PARA NOVO PLANO FUNCEF (RECURSO DO MPT) Noticiou o autor, na exordial, haver a

reclamada instituído novo Plano de Cargos e Salários, também conhecido como Estrutura Salarial Unificada 2008, impondo como requisitos para migração a renúncia a direitos e a desistência de ações fundadas em direitos colidentes com o objeto do novo plano. Afirmou, outrossim, que a empregadora impôs como conditio sine qua non à adesão a vinculação ao novo regulamento de previdência privada da FUNCEF, esclarecendo que as referidas condições vêm expressas em acordos coletivos firmados entre a reclamada e a CONTEC. Aduziu estar havendo pressão por parte da Caixa, para que seus empregados migrem para esse novo plano, em afronta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Pugnou, pois, pela: 1) abstenção da empregadora quanto à exigência de que seus empregados renunciem previamente a ações e direitos; ou transacionem para quitação de débitos; como condição à adesão à Estrutura Salarial Unificada 2008 ou à estrutura salarial do PCS 98 ou, ainda, a qualquer outro novo plano a ser implementado; também a que sejam obrigados a migrar para novo plano de complementação de aposentadoria da FUNCEF, mediante saldamento do plano anterior (REG/REPLAN); 2) pela invalidação das adesões feitas em afronta ao pedido anterior. Por fim, pleitearam indenização a título de dano moral coletivo, bem como

aplicação de multa diária para o caso de descumprimento da obrigação.

Análise por partes os trechos da r. decisão recorrida, considerando-se os pontos de ataque recursal:

O MM. Juízo de primeiro grau reputou ilegal a renúncia imposta aos empregados, bem como as transações e quitações levadas a termo como condição à adesão às novas estruturas salariais (ESU2008 e PCS 98) - fls. 528/537. Esses dois aspectos são objeto do apelo patronal, cujas razões insistem na previsão de renúncia e transação em normas coletivas a emprestar-lhes proteção constitucional.

Outrossim, aduziu a reclamada que os empregados reputaram que as alterações encetadas conferiam-lhes benefícios, sendo vantajosas, a ponto de aderirem maciçamente ao novo plano. Pontuaram, ainda, que, havendo dois regulamentos na empresa, o empregado deve optar por um deles, renunciando às regras do outro, inclusive mediante indenização.

Em sentido diametralmente oposto, a r. sentença originária concluiu pela validade da condição imposta pela ré (migração para o novo plano da FUNCEF) para adesão às novas estruturas salariais implementadas, considerando a existência de norma coletiva firmada em observância aos ditames constitucionais (fl. 526).

Contra esse aspecto insurge-se o autor da ação, afir-

mando que a alteração no regulamento da FUNCEF poderá trazer prejuízos aos empregados, diante da majoração da alíquota de contribuição e da redução do valor do benefício, não havendo como sopesar-se cada situação individual, chegando-se a um juízo de convicção quanto ao nível de benefício/prejuízo em caráter individual. Dessa forma, não se poderia exigir a migração prévia a esse novo regulamento da FUNCEF como condição à adesão às novas estruturas salariais.

Aqui, necessário que se faça um breve retrospecto, para análise das normas coletivas e regulamentos internos relativos à matéria: O Acordo Coletivo de Trabalho com vigência de 1º/9/2006 a 31/8/2007, em sua cláusula 46, previu, in verbis:

UNIFICAÇÃO DAS CARREIRAS PROFISSIONAIS A Caixa providenciará, no prazo de 15 dias contados da assinatura deste Acordo Coletivo, a alteração do PCS 98, unificando as carreiras profissionais e possibilitando a opção de adesão às novas condições aos empregados da carreira profissional que tenham aderido ou que venham a aderir ao NOVO PLANO da FUNCEF, respeitado o direito adquirido, produzindo seus efeitos a partir de 01 de janeiro de 2007. Parágrafo único - A adesão às novas condições se dará de forma espontânea, mediante opção indi-

vidual de cada empregado.' Por sua vez, o ACT (fls. 385/402), também celebrado entre a Caixa e a CONTEC - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE CRÉDITO, com vigência no período de 1º/9/2007 a 31/8/2008, dispôs:

'CLÁUSULA 46 - UNIFICAÇÃO DAS CARREIRAS ADMINISTRATIVAS A CAIXA assume o compromisso de desenvolver projeto estruturado em estudo técnico e de viabilidade econômica visando à unificação das Carreiras Administrativas dos PCS/89 e 98, na estrutura salarial do PCS/98, de forma a estruturar tabela única de remuneração e unificar as regras de promoção por antiguidade e merecimento, objetivando sua implementação em 2008. Parágrafo primeiro - A adesão à nova Tabela Salarial dar-se-á de forma espontânea, mediante a opção individual de cada empregado, de acordo com as condições que serão estabelecidas pela CAIXA.'

O Termo Aditivo ao ACT supra mencionado (2007/2008), previu:

'CLÁUSULA 1ª. OBJETO DO ACORDO Implantar a unificação das estruturas salariais e regras de promoção das carreiras administrativas dos PCS/89 e 98 em uma nova estrutura salarial no PCS/98 denominada Estrutura Salarial Unificada 2008. [...] CLÁUSULA 5ª. DA ADESÃO A ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA 2008

A adesão às novas condições da Estrutura Salarial Unificada 2008 dar-se-á de forma espontânea, mediante opção individual do empregado, em conformidade com a Súmula 51, Item II, do Tribunal Superior do Trabalho: [...] Parágrafo 1º - A adesão ocorre por meio de assinatura eletrônica do Termo de Transação e Adesão à Estrutura Salarial Unificada 2008 da Carreira Administrativa do PCS/98, disponibilizado no aplicativo [...] Parágrafo 3º - Poderão aderir à Estrutura Salarial Unificada 2008 todos os empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98, com exceção dos empregados associados à FUNCEF vinculados ao REG/REPLAN sem saldamento. [...] Por sua vez, o ACT (fls. 385/402), também celebrado entre a Caixa e a CONTEC - CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NAS EMPRESAS DE CRÉDITO, com vigência no período de 1º/9/2007 a 31/8/2008, dispôs: Parágrafo 6º - A adesão à Estrutura Salarial Unificada 2008 da Carreira Administrativa do PCS/98 implica na transação e quitação de eventuais direitos que tenham por objeto discussão em torno de Plano de Cargos e Salários - PCS, na exata forma prevista na cláusula 6ª. [...] CLÁUSULA 6ª - DO VALOR INDENIZATÓRIO Será efetuado pagamento de valor, à vista, de caráter indenizatório, a título de quitação dos eventuais di-

reitos e ações judiciais que versem exclusivamente sobre o Plano de Cargos e Salários - PCS propriamente dito, [...]’ Por meio de várias comunicações internas, foram estabelecidas regras para viabilizar a implantação prática do novo plano, cito: - CI SUPES/GEINPE 265/06, de 24/11/2006: ‘6 Regras para migração 6.1 A migração do empregado vinculado ao PCS/89 e associado ao REG/REPLAN deve ser precedida de adesão ao Novo Plano de Benefícios da FUNCEF. [...] 6.3 A opção do empregado pela nova estrutura salarial deverá ser precedida de desistência das ações propostas, com renúncia expressa aos direitos sobre os quais fundam a ação, bem como aos direitos colidentes que tenham como objeto as questões tratadas nesta CI, tais como: enquadramento no PCS/98, promoção/ascensão no PCS98, piso salarial, CTVA e gratificação do cargo comissionado de Assistente Jurídico e incorporação da gratificação da função de confiança de Assistente Técnico, dentre outras.’ - CI VIPES/SURSE 005/08, de 18/2/2008: ‘3.1 A adesão é opcional, podendo aderir à nova estrutura salarial do PCS/98 os empregados ocupantes de cargos da Carreira Profissional do PCS/89 o do PCS/98, admitidos até 31/12/2006. [...] 3.4 A opção pela nova estrutura salarial para o empregado vinculado ao PCS/89 e associado ao plano de benefícios REG/REPLAN de ser precedida da adesão

ao Novo Plano de Benefícios da FUNCEF.’ - CI SURSE/GENEP 095/08, de 7/7/2008: ‘1 A CAIXA, visando a possibilitar às empregados e aos empregados que ainda não realizaram saldamento do REG/REPLAN e desejam fazê-lo, autorizou a reabertura da opção pelo Saldamento - Etapa III e adesão ao NOVO PLANO FUNCEF, pelo período de 07 JUL 08 a 05 SET 08. [...] 5.1 A adesão da empregada ou empregado à Estrutura Salarial Unificada 2008 somente será acatada após a recepção e homologação do Termo de Adesão ao Saldamento do REG/REPLAN por parte da FUNCEF, que informará à GENEPE esse resultado.’

Por outro turno, os documentos situados às fls. 193/200 espelham modelos de formulários para adesão às regras de saldamento do REG/REPLAN e novação dos direitos previdenciários, inclusive mediante quitação de obrigações pretéritas e extinção de ações judiciais. De outra banda, os documentos colacionados às fls. 136/138 revelam que os signatários aderiram ao novo plano de previdência privada da FUNCEF, para percepção de benefício integral seguindo a nova forma estipulada no regulamento respectivo. Mais uma vez, manifestaram desistência relativamente a todas as ações já ajuizadas, bem como àquelas que pudessem mover contra CAIXA e FUNCEF, nas quais pretendessem discutir

direitos previdenciários. Nada mais arbitrário! Os e-mails (fls. 143/145) demonstram que houve insurgência quanto às condições impostas pela Caixa para adesão dos empregados ao novo Plano de cargos e salários, ficando claro que somente poderia ocorrer dentro das regras estipuladas em acordo coletivo de trabalho.

Reforça tal realidade, outrossim, o documento visto à fl. 146:

‘4.1. A perda de prazo para opção pelo saldamento do REG/REPLAN impossibilitará a adesão à Estrutura Salarial Unificada 2008, divulgada por meio CI VIPES/SURSE 024/08, de 01 JUL 08, pelos empregados que estiverem vinculados ao REG/REPLAN sem saldamento.’

Nos termos do artigo 511, §§1.º e 2.º, c/c artigo 513, ambos da CLT, os sindicatos representam categorias compostas por todos que desempenham as atividades profissionais por eles albergadas. Assim, por meio de um acordo coletivo de trabalho, podem estender ou reduzir vantagens, objetivando melhores condições de trabalho (artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal), observados os princípios e garantias constitucionais. Deve-se, pois, prestigiar o pacto coletivo em face do princípio da autonomia privada coletiva, mormente quando se observa que a atual Constituição Federal empresta valor às Convenções e Acor-

dos Coletivos de Trabalho (artigo 7º, inciso XXVI, Constituição Federal).

Sucedee, porém, que a referida norma coletiva implica renúncia geral, irrestrita e irrevogável a direitos oriundos dos anteriores planos de cargos e salários. Da forma como estão redigidas as cláusulas 46 dos ACTS 2006/2007 e 2007/2008, bem como do teor do Termo Aditivo ao ACT 2007/2008, impõe-se reconhecer a afronta aos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, porquanto não vislumbro a ocorrência de uma legítima transação.

Segundo o disposto nos artigos 840 e 841 do Código Civil, a transação é o negócio jurídico bilateral através do qual as partes previnem ou extinguem litígios, por meio de concessões recíprocas. São, pois, requisitos para a validade da transação: res dubia (coisa duvidosa) e concessões recíprocas. Não se olvida que a transação, no âmbito coletivo, envolve a própria categoria profissional, devendo resultar evidenciada a ocorrência de concessões mútuas entre as partes (categoria dos economiários e Caixa Econômica Federal). Não é, contudo, o que se verifica, na medida em que o Termo Aditivo multicitado evidencia a ocorrência de concessão somente por parte dos empregados.

Trata-se, em verdade, como bem assinalou o MM. Juízo

de origem, de verdadeira renúncia a direitos, já que a implantação de um nova estrutura salarial unificada para toda a Caixa, que tem por objetivo o nivelamento salarial dos empregados, não poderia impor tal condição para a adesão dos demais funcionários. Certamente que a Constituição Federal atribuiu papel relevante aos entes sindicais na celebração de instrumentos de negociação coletiva, para ajustes de interesses atinentes às categorias específicas.

Tratou-se de significativo avanço social na defesa dos interesses coletivos. Exatamente por assim ser, revela-se descabido aceitar-se que uma norma coletiva, cujo fim precípuo é a composição das categorias simétricas, em verdadeira atitude de pacificação social, sirva como abrigo à derrocada de direitos já conquistados pelos empregados, os quais lançam-se, de olhos vendados, na alea de um futuro, no qual a percepção de que lograram desvantagens com a migração para novo PCS já seja tardia e inócua.

Nesse sentido já decidiu esta egrégia Turma, in verbis: 'RECURSO ORDINÁRIO. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. RENÚNCIA A DIREITOS. QUITAÇÃO GERAL E EXTRAJUDICIAL DE PARCELAS TRABALHISTAS. NULIDADE. Esta egr. 3ª Turma, em decisão recente, adotou o entendimento proferido pelo Exmo. Desembargador

BRAZ HENRIQUES DE OLIVEIRA, nos sentido de que 'A circular interna que prevê como condição para adesão à nova estrutura salarial da empresa a desistência de ações, pelo empregado, com renúncia genérica a direitos, está eivada de nulidade, na medida em que a estipulação ultrapassa os limites impostos pelo princípio protetor e o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, além de agredir a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, consagrados constitucionalmente (CF, arts. 1º, III e IV e 170, caput), e contrariar o disposto nos arts. 421 e 424 do Código Civil Brasileiro (omissis)' (TRT-10ª Região, Proc. n.º RO-00579-2007-011- 10-00-4, Rel. BRAZ HENRIQUES DE OLIVEIRA, DJ de 11/07/2008). Recurso conhecido e provido. Tutela antecipada deferida.' (00803-2008-802-10-00-3 RO, 3ª Turma, Relatora: Desembargadora Heloisa Pinto Marques, DEJT de 06/03/2009)

Dessarte, pelos fundamentos expostos, mantenho íntegra a r. decisão proferida, a qual não emprestou validade à exigência de renúncia, transação e desistência como conditio sine qua non à adesão à nova estrutura salarial unificada no âmbito da ré. Corolário lógico, nego provimento ao apelo interposto pela Caixa.

No que diz respeito ao apelo do autor, idêntica situação se observa, fazendo-se

necessária a remissão aos fundamentos pretéritos.

Os acordos coletivos trazidos aos autos previram a necessária desvinculação do empregado ao anterior plano de previdência complementar (REG/REPLAN) para a adesão à nova 'Estrutura da Carreira Profissional'. Na mesma intensidade com que se constatou a violação a princípios inerentes ao Direito do Trabalho, nesta fração há evidente afronta a direitos indisponíveis, porquanto a regra viola direitos já adquiridos pelos empregados, ao tempo de suas admissões, traduzindo verdadeira alteração contratual lesiva, consoante entendimento consolidado pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho, expresso na Súmula n.º 288 (artigo 468 da CLT).

Diante desses fundamentos, dou provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público do Trabalho, para determinar que a empregadora se abstenha de exigir de seus empregados, como condição à adesão ao PCS/98 e à nova estrutura salarial unificada 2008, que migrem para o novo plano de previdência privada da FUNCEF, realizando saldamento relativo ao REG/REPLAN. Consectário lógico, dou provimento ao apelo para declarar a invalidade das migrações para o PCS 98 e para a nova estrutura salarial unificada de 2008, feitas mediante exigência de saldamento do plano REG/REPLAN e adesão ao

novo Plano FUNCEF. (grifo nosso).

Em face de tal decisão, impõe-se acolher a insurgência recursal do autor, a fim de que lhe seja possibilitada a adesão à Estrutura Salarial Unificada de 2008, sem a exigência de saldamento do benefício vinculado ao REG/REPLAN ou de existência de ações, pelo empregado, as quais impliquem renúncia genérica a direitos.

Em contestação, a empresa defende que, tendo o reclamante optado por não efetuar o saldamento do REG/REPLAN, não lhe é possível migrar para a Estrutura Salarial Unificada de 2008, 'razão pela qual não pode receber como tal ou mesmo ser designado para o exercício de qualquer função gratificada' (seq. 25, p. 21).

Prossegue a reclamada, esclarecendo que permitiu a permanência dos empregados que se encontravam vinculados ao REG/REPLAN, sem saldamento, no cargo comissionado ocupado, em caráter efetivo, em 30/06/2010, de acordo com as regras do PCC 98, ficando obstadas, todavia, novas designações para exercício de cargos em comissão.

Ora, diante dos termos em que foi veiculada a defesa da Caixa Econômica Federal, é certo que assiste razão ao reclamante em sua postulação inicial, sendo imperioso, pois, reconhecer a veracidade de suas alegações, no tocante ao seu enquadramento na ESU 2008. Nota-se, pois, que, em julho de 2013, a referência salarial do reclamante (salário padrão) era a 60, com remuneração

correspondente a R\$ 2.342,00. Se tivesse migrado para o novo plano de cargos e salários, sua referência salarial (salário padrão) seria 230, cuja remuneração é R\$ 3.628,00 (três mil seiscentos e vinte e oito reais), conforme tabela salarial juntada aos autos (seq. 7, p. 40). Faz jus o reclamante, também, à parcela denominada de PORTE DE UNIDADE, no valor de R\$ 1.044,00, segundo a tabela colacionada sob seq. 7, p. 51, sendo de porte 2 a agência em que trabalha. Tal verba é prevista para a função de Gerente de Atendimento GOV/SOCIAL.

Já em relação à gratificação de função, pelo cargo em comissão efetivo, na função de Gerente de Atendimento III, o reclamante percebia gratificação de R\$ 2.213,00 (seq. 7, p. 44). Se estivesse classificado corretamente, no novo plano, porém, sua gratificação seria R\$ 3.488,00 (seq. 7, p. 49). Faz jus, assim, à reclassificação segundo os parâmetros descritos no novo plano de cargos e salários, sem a necessidade, contudo, de migrar para este, haja vista que lhe será aplicável a normatização descrita na ESU-2008, independentemente de adesão ao Novo Plano. Devidos, também, os reflexos de tais diferenças salariais sobre férias mais 1/3, 13º Salário, APIP'S, Licenças Prêmios, gratificações semestrais (VP-GIP - TEMPO SERVIÇO, VP-GIP/SEM SALÁRIO + FUNÇÃO), VP-GIP - Gratificação Semestral/Adicional de Tempo de Serviço, adicional de tempo de serviço, participação de lucros e resultados e FGTS.

(...).

Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso para, reformando a sentença, julgar procedente em parte a ação, condenando a reclamada CAIXA ECONÔMICA FEDERAL a reclassificar o reclamante MARCO ANTÔNIO DE ALBUQUERQUE na Estrutura Salarial Unificada de 2008, referência 230, bem como a lhe pagar os títulos correspondentes, nos termos da fundamentação.

Custas invertidas, no importe de R\$ 1.000,00, calculadas sobre R\$ 50.000,00, valor arbitrado à presente condenação. Juros e correção monetária na forma da lei.

Deve a reclamada arcar com multa diária de R\$ 1.000,00, em caso de atraso no cumprimento das obrigações de fazer e de pagar.

Contribuições previdenciárias e fiscais incidentes na Espécie. Adiante, o Regional acolheu parcialmente os embargos de declaração opostos pela CEF, para declarar prescritas as parcelas anteriores a 24.09.2008, bem como determinar a limitação dos reflexos das diferenças salariais concedidas no acórdão, no sentido de restringir os reflexos das diferenças salariais sobre APIPs e licenças-prêmios, apenas sobre os dias convertidos em pecúnia, excluir as repercussões da parcela Porte de Unidade sobre ATS e VPs - mantendo sobre estas verbas os reflexos oriundos do salário padrão e da gratificação de função - e expurgar da condenação todos os reflexos sobre a PLR.

Assim decidiu o Regional (fls. 987/991):

A leitura do acórdão demonstra que, de fato, esta Corte se omitiu na análise de algumas questões suscitadas na contestação. Tendo a demanda sido julgada improcedente em sede de primeira instância, é certo que esta Corte, ao reformar o julgado, deixou de examinar certas questões que, veiculadas na contestação, estão incluídas na ampla devolutividade do recurso ordinário.

Assiste razão à embargante, contudo, quanto às omissões relativas à ausência de análise, no acórdão atacado, das seguintes matérias: prescrição e reflexos das diferenças salariais sobre APIPs, licenças prêmio, adicional por tempo de serviço (ATS), vantagens pessoais (VP) e participação nos lucros e/ou resultados (PLR). Passo, a seguir, a suprir a falha nesta oportunidade. Quanto à incidência do instituto prescricional, ressalte-se que a matéria trazida a descortino não trata de alteração do pactuado por ato único do empregador, a atrair a incidência do disposto na Súmula n. 294 do c. TST, como alega a reclamada.

Também não é a hipótese de aplicação da prescrição trienal, haja vista que a questão decorre do contrato de trabalho mantido entre os litigantes.

Na verdade, a matéria se relaciona a suposto descumprimento de disposições vigentes no regulamento interno da CEF, que, por ser de trato sucessivo, reclama a aplicação da OJ n. 404 da SDI-I do TST, de modo que deve ser decla-

rada a prescrição quinquenal apenas parcial das pretensões anteriores a 24.09.2008.

Os reflexos das diferenças salariais sobre APIPs e licenças-prêmio devem, tal como pleiteado em pedido sucessivo formulado na defesa, ser computados exclusivamente em relação aos dias convertidos em pecúnia.

No tocante aos reflexos sobre adicional de tempo de serviço (ATS) e vantagens pessoais (VPs), alegou a Caixa que, 'por não decorrerem de lei e sim de norma regulamentar, a sua incidência e base de cálculo devem seguir estritamente as normas da Reclamada [-] porque estabelecem condições mais vantajosas para o empregado'.

Não lhe assiste razão, entretanto.

Especificamente quanto ao Adicional por Tempo de Serviço e à Vantagem Pessoal, percebe-se que, conforme o normativo interno da reclamada, consubstanciado na RH 115, as parcelas são calculadas sobre o Salário Padrão e sobre a Gratificação de Função (itens 3.3.6.4, 3.3.11 e 3.3.12), o que significa não serem devidos os reflexos da parcela Porte de Unidade.

Alega a embargante a omissão relativa aos reflexos sobre PLR, no sentido de que tal condenação deveria limitar-se apenas aos anos em que a PLR foi paga com base no salário e na gratificação paga ao demandante.

Ora, não há, nos autos, os instrumentos normativos que regulam a concessão da PLR. Por meio de outros processos que

já tramitaram nesta Corte, sabe-se que o cálculo da verba não se vincula ao salário do autor, razão por que não faz jus o reclamante aos reflexos sobre a citada PLR, não existindo nos autos qualquer prova em sentido contrário.

É imperiosa, por conseguinte, a limitação dos reflexos das diferenças salariais concedidas no acórdão, no sentido de restringir os reflexos das diferenças salariais sobre APIs e licenças-prêmios apenas sobre os dias convertidos em pecúnia, excluir as repercussões da parcela Porte de Unidade sobre ATS e VPs, bem como expurgar os reflexos sobre a PLR.

Quanto às demais questões, a insurgência veiculada em sede de embargos declaratórios não merece prosperar.

É descabida a alegada contradição apontada pela parte, não se configurando a suposta ofensa à coisa julgada.

Nota-se que o acórdão atacado foi proferido em respeito ao teor do provimento jurisdicional proferido na ação civil pública 01086-2008-005-10-00-0. Este Relator, de forma expressa, consigna que a modificação do posicionamento sobre a matéria se deve, justamente, à validade, em todo o território nacional, da decisão da citada ação civil pública, proferida pela Terceira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, tanto é que os seus fundamentos foram parcialmente adotados no acórdão desta Corte.

Na verdade, nas demais omissões alegadas nas razões de embargos, percebe-se que a reclamada pretende obter a

reapreciação do julgado, finalidade que não se coaduna com a reduzida via dos embargos de declaração.

Assim, se o julgamento não foi efetuado da forma como a empresa demandada almejava, cabe ingressar com recurso próprio, porquanto os embargos declaratórios não se destinam à rediscussão de matéria já apreciada.

No caso em tela, é flagrante a intenção de obter a rediscussão do mérito da causa, haja vista que a parte manifesta nítido inconformismo com a conclusão recursal desfavorável a seus interesses, o que não se enquadra nas situações previstas para oposição dos embargos de declaração, consoante se depreende do art. 897-A da CLT c/c o art. 535 do CPC, Convém ressaltar, ainda, que se configura absolutamente destituída de sentido jurídico a pretensão da reclamada de que o órgão julgador faça uma análise acerca de ofensas aos dispositivos legais ou normativos indicados, sob o pretexto de obter prequestionamento para fins de interposição de recurso de revista.

Com efeito, além de não haver omissão sobre os temas apontados nos embargos, impõe-se salientar que a necessidade de prequestionamento não vai ao ponto de exigir que o magistrado se debruce sobre sua própria decisão para dizer sobre suposta violação legal nela existente (OJ 119 da SBDI-1 do TST).

No contexto, é certo que o enfrentamento explícito do tema torna desnecessária qualquer alusão aos dispositivos

legais a ele relacionados (Súmula 297, item I, do TST), razão por que se afigura descabido o pedido de prequestionamento.

Ademais, impõe-se salientar que a necessidade de prequestionamento não vai ao ponto de exigir que o juiz se debruce sobre sua própria decisão para dizer sobre suposta violação legal nela existente (OJ 119 da SBDI-1 do TST).

Ante o exposto, acolho parcialmente os embargos de declaração, com efeitos modificativos, a fim de, suprimindo as omissões apontadas, declarar prescritas as parcelas anteriores a 24.09.2008, bem como determinar a limitação dos reflexos das diferenças salariais concedidas no acórdão, no sentido de restringir os reflexos das diferenças salariais sobre APIs e licenças-prêmios apenas sobre os dias convertidos em pecúnia, excluir as repercussões da parcela Porte de Unidade sobre ATS e VPs - mantendo sobre estas verbas os reflexos oriundos do salário padrão e da gratificação de função - e expurgar da condenação todos os reflexos sobre a PLR.

Custas reduzidas para R\$ 900,00, calculadas sobre R\$ 45.000,00, novo valor arbitrado à condenação.

Como se percebe, o Regional acolheu os argumentos recursais do reclamante, a fim de lhe possibilitar a adesão à Estrutura Salarial Unificada de 2008, sem a exigência de saldamento do benefício vinculado ao REG/REPLAN ou desistência de ações. O entendimento do Regional adveio da

violação a princípios do Direito do Trabalho e da afronta a direitos indisponíveis do trabalhador, posto que a regra violava direitos adquiridos pelos trabalhadores ao tempo de suas admissões, revelando alteração contratual lesiva (Súmula 288, do TST, e art. 468, da CLT).

Ocorre que a jurisprudência pacífica desta Corte confirma a validade da conduta, conforme se abstrai dos seguintes precedentes:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO EMBARGADO PUBLICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/2007. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. NOVA ESTRUTURA SALARIAL. CONDIÇÃO PARA ENQUADRAMENTO. ADESÃO AO NOVO PLANO DA FUNCEF. (...) 3. 'A migração dos empregados vinculados ao PCS/89 ao novo plano não decorre de alteração unilateral do contrato, por envolver ato volitivo do empregado, que opta pela nova estrutura. Tal opção encontra-se vinculada à adesão ao novo plano de benefícios da Funcef. Sendo essa a proposta, o empregado tem o livre arbítrio para aceitá-la ou não, sendo incogitável, na espécie, a existência de prejuízo. Invocando-se o princípio do congelamento, impõe-se reconhecer, nessa esteira, que não é dado ao empregado, que livremente optou pelo novo regime, beneficiar-se das normas de um e outro regime. É sob tal perspectiva que a hipótese se amolda à diretriz consagrada no item II da Súmula n.º 51 deste Tribunal

Superior. (...) Embargos conhecidos e desprovidos.’(TST-E D - E D - R R - 1 2 9 8 0 0 - 51.2006.5.17.0009, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, SDI-I, DEJT 03.12.2010). Não contraria a Súmula 51, II, do TST, a decisão turmária que considera amoldar-se à diretriz do referido verbete a conclusão regional de que inviável o pretendido enquadramento da autora na nova estrutura salarial da CEF sem a respectiva migração para o novo plano da FUNCEF - a que vinculada a opção pela nova estrutura salarial, com respaldo em norma coletiva. Facultada ao empregado a livre opção pela nova estrutura salarial - atrelada à adesão ao novo plano de benefícios -, ou a manutenção do antigo enquadramento - preservado o plano de benefícios anterior -, a pretendida cumulação de vantagens atinentes a um e a outro regime esbarra no entendimento cristalizado na indigitada súmula. (...) Recurso de embargos não conhecido. (E-RR-108700-16.2009.5.03.0012, SBDI-1, Relatora Ministra Rosa Maria Weber, DEJT 24/6/2011 - grifei)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. NOVA ESTRUTURA SALARIAL. IMPOSSIBILIDADE DE MANTER-SE NO PLANO DE BENEFÍCIO CONTEMPLADO NA NORMA ANTERIOR. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 51, II, DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. A migração dos empregados vinculados ao PCS/89 ao novo plano não decorre de alteração unilate-

ral do contrato, por envolver ato volitivo do empregado, que opta pela nova estrutura. Tal opção encontra-se vinculada à adesão ao novo plano de benefícios da Funcef. Sendo essa a proposta, o empregado tem o livre arbítrio para aceitá-la ou não, sendo incogitável, na espécie, a existência de prejuízo. Invocando-se o princípio do conglobamento, impõe-se reconhecer, nessa esteira, que não é dado ao empregado, que livremente optou pelo novo regramento, beneficiar-se das normas de um e outro regime. É sob tal perspectiva que a hipótese se amolda à diretriz consagrada no item II da Súmula n.º 51 deste Tribunal Superior. Nem se cogite a impossibilidade de aplicar-se tal diretriz jurisprudencial por se tratar de entidades distintas (CEF e Funcef). O contrato de adesão ao plano de benefícios, que envolve a Funcef, encontra sua raiz na existência de relação empregatícia entre os substituídos e a CEF. Não por outra razão que a norma que se questiona tem natureza híbrida, pois conquanto verse sobre a nova estrutura salarial que se pretende implantar no âmbito da CEF, projeta-se para o campo dos benefícios, que são geridos pela Funcef, ao estabelecer condição para aquele que deseja migrar de um plano de cargos e salários para outro. A hipótese atrai a incidência da Súmula n.º 51, II, do Tribunal Superior, corretamente aplicada pela Turma. Embargos conhecidos e desprovidos. (E-ED-ED-RR-129800-51.2006.5.17.0009, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing,

SBDI-1, DEJT 3/12/2010 - grifei) RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE. (...) INGRESSO NO PCS/2008 - NOVO PLANO DE CARGO COMISSIONADO. O eg. Tribunal Regional concluiu que, se a autora entende que a manutenção no plano antigo de aposentadoria lhe é mais benéfico, tem o pleno direito de nessa condição permanecer. Por outro lado, caso achasse interessante migrar para a ESU/2008, poderia fazê-lo aderindo ao REG/REPLAN saldado. O que não pode, evidentemente, é querer o melhor dos dois mundos, mantendo-se no plano de aposentadoria anterior e, ao mesmo tempo, usufruindo da tabela de salários instituída em 2008. Proceder dessa forma significaria visível desvirtuamento do que fora acordado entre a ré e a entidade sindical, o que não se pode admitir. Não se verifica ofensa aos arts. 1º, III e IV, da Constituição Federal, 9º e 461 da CLT, bem como contrariedade à Súmula n.º 51 do c. TST. Arestos inespecíficos. Recurso de revista não conhecido. MIGRAÇÃO PARA O PFG 2010. Incólumes os arts. 300 e 302 do CPC, diante da tese exarada no v. acórdão regional de que se extrai da contestação resistência explícita ao pedido inaugural, razão pela qual a alegação de ausência de impugnação especificada não se cogita. Repetindo a autora os argumentos utilizados no tópico anterior, mantém-se, por conseguinte, o não conhecimento do recurso de revista, neste tópico, pelos mesmos fundamentos expendidos no tópico anterior. Recurso de revista não conhe-

cido. (ARR-541-55.2012.5.09.0513, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 7/2/2014 - grifei) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. CEF. ADESÃO AO NOVO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR COMO CONDIÇÃO PARA O REENQUADRAMENTO. RENÚNCIA AO PLANO DE BENEFÍCIOS ANTERIOR. A jurisprudência remansosa desta Corte afirma a validade da cláusula que condiciona o enquadramento no novo plano de cargos e salários ou de funções gratificadas da CEF à alteração do plano de benefícios da FUNCEF. De fato, se o novo plano de cargos e salários prevê, de forma válida, a adesão ao novo plano de previdência privada, como condição ao reenquadramento, inviável ao empregado optar pelo novo plano sem que renuncie as antigas regras de previdência complementar. Convergindo a decisão para o entendimento já pacificado nesta Corte por meio da Súmula n.º 51, II, TST, o recurso de revista encontra óbice no art. 896, § 5º, da CLT e na Súmula n.º 333/ TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-732-47.2013.5.05.0038, 7ª Turma, Relator Desembargador Convocado Arnaldo Boson Paes, DEJT 6/3/2015) AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. AUSÊNCIA DE ADESÃO

ÀS REGRAS DE SALDAMENTO DO NOVO PLANO REG/REPLAN. Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro' (Súmula n.º 51, II, do TST). Óbice do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR-1558-38.2010.5.07.0001, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 14/2/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. CEF. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS 2008. ADESÃO AO NOVO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR COMO CONDIÇÃO PARA O REENQUADRAMENTO. RENÚNCIA AO PLANO ANTERIOR. NÃO PROVIMENTO. É firme o entendimento desta colenda Corte Superior no sentido de que 'havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro' (Súmula n.º 51, II). Dessa forma, se o novo plano de cargos e salários prevê, de forma válida, a adesão ao novo plano de previdência privada, como condição ao reenquadramento, inviável ao empregado optar pelo novo plano sem que renuncie as antigas regras de previdência complementar. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR-571-96.2011.5.03.0059, 5ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 15/2/2013 - sublinhei)

AGRAVO DE INSTRUMENTO

EM RECURSO DE REVISTA - NOVO PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS - OPÇÃO PELA PERMANÊNCIA NO PLANO ANTERIOR - DECISÃO REGIONAL EM CONFORMIDADE COM SÚMULA DO TST. Demonstrado que os empregados optaram livremente pela permanência no antigo plano. Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. Inadmissível recurso de revista contra acórdão regional em conformidade com a Súmula n.º 51, II, do TST. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR-17-60.2011.5.06.0001, 4ª Turma, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 23/11/2012)

COEXISTÊNCIA DE PLANOS. CRITÉRIOS DE ADESÃO À NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. 'Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro' (Súmula n.º 51, II, desta Corte superior). Revelando a decisão recorrida sintonia com a jurisprudência pacífica do Tribunal Superior do Trabalho, mostra-se inviável o processamento do recurso de revista, nos termos do artigo 896, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (AIRR-577140-75.2008.5.12.0014, 1ª Turma, Relator Ministro Lelio Bentes Corrêa, DEJT 5/3/2010)

Assim, tem-se entendido pela aplicação do princípio do conglobamento, impossibilitando o surgimento de um terceiro regime, formado por dois planos distintos. Também se constatou que a migração dos empregados ao novo plano não decorre de alteração unilateral do contrato, por envolver ato volitivo do empregado, que optou pela nova estrutura.

A adesão válida ao novo plano de cargos e salários incorre na renúncia das antigas regras, a teor da Súmula n.º 51, II, do TST, que assim diz:

SÚMULA 51. NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT.

I - (...).

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.

De fato, pelas explicações expostas, denota-se a contrariedade ao item II, da Súmula 51, do TST.

MÉRITO.

Considerando o conhecimento do Recurso de Revista por contrariedade à Súmula 51, II, do TST, dou provimento ao apelo interposto pela Caixa Econômica Federal, para reformar o acórdão proferido pelo Regional e julgar improcedentes os pedidos iniciais do reclamante, restando impossibilitada sua migração para o ESU/2008 sem a desfiliação do REG/REPLAN e, conseqüentemente, excluir da condenação o pagamento das parcelas indicadas no acórdão Regional" (seq. 6).

O reclamante, então, interpôs recurso de embargos, regido pela Lei n.º 13.015/2014 (seq. 9), no qual alegou haver violação dos artigos 5º, incisos V, X e XXXVI, e 7º, incisos XXX e XXXII, da Constituição Federal, 5º e 461 da CLT e 186, 467 e 927 do Código Civil, contrariedade à Súmula n.º 51, itens I e II, do TST e divergência jurisprudencial sobre o tema.

O Presidente da Sexta Turma denegou seguimento aos embargos, em decisão assim fundamentada:

"Tema 1: ADESÃO AO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS INSTITUÍDO PELA CEF EM 2008 (ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA - ESU). QUITAÇÃO GENÉRICA DE PARCELAS EXIGÍVEIS NA VIGÊNCIA DO PLANO. IMPOSIÇÃO DE MIGRAÇÃO PARA O NOVO PLANO DA FUNCEF. VALIDADE.

Decisão da 6ª Turma, da lavra do Exmo. Desembargador Convocado Américo Bedê Freire, que conheceu e deu provimento ao Recurso de Revista da reclamada, acerca do tema 'ADESÃO À NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA - ESU 2008. ADESÃO AO NOVO PLANO DA FUNCEF. RENÚNCIAS E SLDAMENTO DO PLANO REG/REPLAN.' por entender contrariedade a Súmula 51, II, do TST, conforme os fundamentos expressos na respectiva ementa: ADESÃO AO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS INSTITUÍDO PELA CEF EM 2008 (ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA - ESU). QUITAÇÃO GENÉRICA DE PARCELAS EXIGÍVEIS NA VIGÊNCIA DO PLANO. IMPOSI-

ÇÃO DE MIGRAÇÃO PARA O NOVO PLANO DA FUNCEF. VALIDADE. A migração dos empregados do plano REG/REPLAN ao novo plano ESU/2008, com vinculação à adesão de benefícios da Funcef, não decorre de alteração unilateral do contrato, por envolver ato volitivo do empregado, que opta pela nova estrutura. Sendo essa a proposta, o empregado tem o livre arbítrio para aceitá-la ou não, sendo incogitável, na espécie, a existência de prejuízo. Invocando-se o princípio do congelamento, impõe-se reconhecer, nessa esteira, que não é dado ao empregado, que livremente optou pelo novo regramento, beneficiar-se das normas de um e outro regime. É sob tal perspectiva que a hipótese se amolda à diretriz consagrada no item II da Súmula n.º 51 deste Tribunal Superior, segundo a qual 'havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro'. Recurso de Revista conhecido e provido.

Alegações recursais: O reclamante alega que o c. TST vem rotineiramente entendendo que se mostra ilegal a determinação da empresa recorrida, em impedir seus empregados de participar de processo seletivo interno, bem como, desempenhar outras funções que poderia concorrer, pelo simples fato de não querer saldar o plano de previdência complementar denominado REG/REPLAN. Transcreve arestos para o confronto de teses. Aponta má aplicação da Súmula n.º 51, II, do TST.

Exame dos arestos colacionados: Os arestos colacionados não autorizam o seguimento dos Embargos, pois, em desatenção ao disciplinado no §2º do artigo 894 da CLT, expõem tese superada por iterativa e notória jurisprudência desta Corte, que reconhece a validade da regra estipulada em norma coletiva e regulamento empresarial que limita a adesão à Estrutura Salarial Unificada de 2008 aos empregados não vinculados ao Plano de Benefícios de Complementação de Aposentadoria REG/REPLAN, como se pode conferir nos seguinte julgados:

EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N.º 11.496/2007. CEF. ADESÃO AO NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. CONDIÇÃO. SALDAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RENÚNCIA. VALIDADE. São válidos o ato normativo interno CI VIPES/SURSE 24/2008 e o Termo Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho, em que foi exigido dos empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98 associados à Funcef o saldamento do Plano de Benefícios de Complementação de Aposentadoria REG/REPLAN para adesão ao novo Plano de Cargos e Salários (Estrutura Salarial Unificada de 2008). Dessa maneira, a opção da empregada por um dos regulamentos tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por entidades de previdência privada, bastando não estar viciada a renúncia. Ademais, em observân-

cia ao princípio do conglômbamento, há que se determinar a aplicação integral do regulamento pelo qual o empregado venha a optar. Acrescenta-se que a migração para o novo regulamento instituído pela reclamada não foi automática, e sim espontânea, não sendo possível assegurar à autora o direito de ser vinculada ao novo plano sem que tenha de renunciar às regras do antigo. Precedentes. Embargos não conhecidos. (E-ED-RR - 203000-08.2009.5.07.0028, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/10/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 04/11/2016) [-] RECURSO DE EMBARGOS. CEF. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. AUSÊNCIA DE ADESAO À NOVA ESTRUTURA SALARIAL POR ESTAR CONDICIONADA À RENÚNCIA AO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. Cinge-se a controvérsia na análise da validade do Termo Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho de 2008/2009 e do ato normativo interno, que condicionou a adesão à Estrutura Salarial Unificada de 2008, implementada por meio da CI SURSE/GEEMP 049/09, à migração para o novo plano de previdência complementar. A reclamante está vinculada ao Plano de Previdência Complementar REG/REPLAN, e pretende seja reconhecido o direito de migrar para a Estrutura Salarial de Carreira Profissional de 2008, especialmente para que seja possível optar pela jornada contratual de oito horas, enquadramento na referência 825 e diferenças sala-

ria, sem que haja mudança do plano de previdência complementar. No caso, não está em discussão renúncia a direito que importe afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da inafastabilidade da jurisdição, como se verifica em outros processos, nos quais a adesão à nova estrutura salarial unificada condiciona a quitação de todo e qualquer direito que tenha por objeto o Plano de Cargos e Salários, situação em que há precedentes deste Tribunal invalidando a respectiva cláusula. Igualmente não se está diante de ato que fere os princípios da isonomia, da não discriminação do valor social do trabalho e do não retrocesso social, como acontece quando a regra interna condiciona a participação em processo seletivo interno à adesão ao novo plano de previdência privada e o saldamento do plano anterior, impedindo assim a progressão funcional, apenas porque o empregado permanece vinculado a plano de previdência privada que lhe oferece melhores condições de aposentadoria. No presente feito, o Tribunal Regional foi categórico em registrar não ter a reclamante se desincumbido do ônus de provar os prejuízos decorrentes de eventual perda de promoções a que teria direito com a Nova Estrutura Salarial. Sobre o mais, afigura-se consentâneo com a lógica mutualista dos planos de previdência complementar que se preserve a sustentabilidade, inclusive atuarial, de antigos planos de benefício definido frente a novos sistemas de progressão sala-

rial facultados a trabalhadores em atividade. Assim, conclui-se que deve ser mantido o acórdão recorrido que, aplicando o princípio do conglo-bamento, confirmou a improcedência do pedido. Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-ED-RR - 114600-62.2009.5.03.0017 , Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Data de Julgamento: 13/10/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 21/10/2016)

Exame da contrariedade à Súmula do TST. Não se verifica a alegada má aplicação da Súmula n.º 51, II, do TST, pois, como se vê nos julgados transcritos acima, o acórdão turmário reflete a posição atualmente predominante nesta Corte, inclusive à luz do entendimento expresso no referido verbete sumular, acerca da questão debatida.

Nego seguimento aos Embargos, nos termos do art. 2º da Instrução Normativa n.º 35/2012 do c. TST" (seq. 14).

O agravante, nas razões recursais, sustenta que seu recurso de embargos é admissível, porquanto foram demonstradas divergência jurisprudencial válida, violação dos artigos 5º, incisos V, X e XXXVI, e 7º, incisos XXX e XXXII, da Constituição Federal, 5º e 461 da CLT e 186, 467 e 927 do Código Civil e contrariedade à Súmula n.º 51, itens I e II, do TST.

Alega, em síntese, que sofreu prática discriminatória, vedação de ascensão funcional, impossibilidade de participação em processo seletivo interno, sem falar em

percepção de remuneração menor que os demais empregados e a obrigação de renúncia às ações judiciais interpostas em desfavor da empresa.

Argumenta pela aplicação do entendimento consagrado no item I da Súmula n.º 51 desta Corte.

Por outro lado, aduz que não se poderia excluir a indenização por danos morais decorrentes da prática discriminatória adotada pela reclamada.

Sem razão.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Turma não se manifestou sobre o pedido de indenização por danos morais arguido no recurso de embargos, nem foi instada a fazê-lo, por meio da interposição de embargos de declaração, razão pela qual o apelo carece do indispensável prequestionamento, nos termos dos itens I e II da Súmula n.º 297 desta Corte.

A controvérsia cinge-se em definir a validade do ato normativo interno CI VIPES/SURSE 24/2008 e do Termo Aditivo ao Acor-do Coletivo de Trabalho, em que foi exigido dos empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98 associados à Funcef o saldamento do Plano de Benefícios de Complementação de Aposentadoria REG/REPLAN para adesão ao novo Plano de Cargos e Salários (Estrutura Salarial Unificada de 2008).

A Turma assentou que o reclamante optou pela sua manutenção no PCS de 1989, apesar de lhe ter sido oferecida a migração para o PCS de 2008.

Concluiu, então, que o posicionamento adotado pelo Regional contrariou a Súmula n.º 51, item II, desta Corte.

Verifica-se que essa decisão está em conformidade com a diretriz da Súmula n.º 51, item II, que assim dispõe:

"SÚMULA 51 - NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial n.º 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

(...)

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ n.º 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)."

A opção do empregado por um dos regulamentos tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por entidades de previdência privada, bastando não estar viciada a renúncia.

Ademais, ainda que a opção envolva plano de cargos e salários, há que se determinar a aplicação integral do regulamento pelo qual o empregado venha a optar, em observância ao princípio do conglobamento.

Salienta-se que a hipótese não é de alteração unilateral do contrato de trabalho, mas sim de transação de direitos disponíveis. E não há que se confundir transa-

ção com renúncia de direitos, uma vez que não há nenhum tipo de lesão às suas vantagens anteriores, na medida em que somente se altera o rol de direitos do empregado mediante adesão individual e voluntária e com concessão de novas vantagens.

Acrescenta-se que a migração para o novo regulamento instituído pela reclamada não foi automática, e sim espontânea, não sendo possível assegurar ao autor o direito de ser vinculado ao novo plano sem que tenha de renunciar às regras do antigo.

Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Corte, em casos análogos ao dos autos, em que a reclamada, CEF, figurou no polo passivo das demandas:

"(...) CEF. ADESÃO AO NOVO PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS. CONDIÇÃO. SALDAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RENÚNCIA. VALIDADE. São válidos o ato normativo interno CI VIPES/SURSE 24/2008 e o Termo Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho, em que foi exigido dos empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98 associados à Funcef o saldamento do Plano de Benefícios de Complementação de Aposentadoria REG/REPLAN para adesão ao novo Plano de Funções Gratificadas de 2010. Dessa maneira, a opção do empregado por um dos regulamentos tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por

entidades de previdência privada, bastando não estar viciada a renúncia. Ademais, em observância ao princípio do conglobamento, há que se determinar a aplicação integral do regulamento pelo qual o empregado venha a optar. Acrescenta-se que a migração para o novo regulamento instituído pela reclamada não foi automática, e sim espontânea, não sendo possível assegurar ao autor o direito de ser vinculado ao novo plano sem que tenha de renunciar às regras do antigo. Precedentes. Embargos não conhecidos." (E-RR - 803-71.2011.5.09.0664, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 8/2/2018, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 16/2/2018).

"EMBARGOS REGIDOS PELA LEI N.º 11.496/2007. CEF. ADESÃO AO NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. CONDIÇÃO. SALDAMENTO DO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RENÚNCIA. VALIDADE. São válidos o ato normativo interno CI VIPES/SURSE 24/2008 e o Termo Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho, em que foi exigido dos empregados da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98 associados à Funcef o saldamento do Plano de Benefícios de Complementação de Aposentadoria REG/REPLAN para adesão ao novo Plano de Cargos e Salários (Estrutura Salarial Unificada de 2008). Dessa maneira, a opção da empregada por um dos regulamentos tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do

outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por entidades de previdência privada, bastando não estar viciada a renúncia. Ademais, em observância ao princípio do conglobamento, há que se determinar a aplicação integral do regulamento pelo qual o empregado venha a optar. Acrescenta-se que a migração para o novo regulamento instituído pela reclamada não foi automática, e sim espontânea, não sendo possível assegurar à autora o direito de ser vinculada ao novo plano sem que tenha de renunciar às regras do antigo. Precedentes. Embargos não conhecidos." (E-ED-RR - 203000-08.2009.5.07.0028, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 27/10/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 4/11/2016).

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. CEF. ADESÃO A NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. IMPOSIÇÃO REGULAMENTAR DE RENÚNCIA ÀS REGRAS DO PLANO ANTERIOR, MIGRAÇÃO PARA NOVO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E DESISTÊNCIA DE AÇÕES JUDICIAIS. Controvérsia sobre a validade do ato normativo interno CI VIPES/SURSE 024/08, que condicionou a adesão ao novo Plano de Cargos e Salários da Caixa Econômica Federal (PCS de 2008) à migração para o novo plano de previdência complementar e à desistência de ações judiciais em curso - ou renúncia em ajuizamento futu-

ro -, fundadas em direitos relativos aos antigos PCS (de 1989 e 1998). A Turma do TST, com fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, deu parcial provimento ao recurso de revista, apenas para garantir o direito obreiro de adesão ao novo PCS sem prejuízo das ações judiciais em trâmite ou futuras. Em consequência, reconheceu a validade da incidência das regras do novo PCS e da imposição de migração para o novo plano de previdência complementar. Decisão em consonância com as Súmulas 51, II, e 288, II, do TST. Afinal, conquanto inválida a exigência de desistência de ações judiciais ou renúncia ao direito de ajuizamento futuro (artigos 5º, XXXV, e 60, § 4º, da Constituição Federal), a jurisprudência sumulada desta Corte considera lícito à empresa exigir do empregado a opção integral por novo plano de cargos e salários e consequente migração a novo plano de previdência complementar. A consonância da decisão com súmulas do TST torna inviável o apelo, nos termos da parte final do inciso II do art. 894 da CLT. Recurso de embargos não conhecido." (E-ED-RR - 608400-73.2008.5.12.0014, data de julgamento: 14/8/2014, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 22/8/2014)

"RECURSO DE EMBARGOS. ADESÃO AO NOVO PCS PELA RENÚNCIA AO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. CEF. SALDAMENTO. RECURSO DE REVISTA DO AUTOR CONHECIDO E DESPROVIDO. A c. Tur-

ma entendeu que não houve alteração unilateral do contrato de trabalho, mas sim transação de direitos disponíveis, pela adesão do empregado Ao novo PCS, com recebimento de indenização ao plano antigo da FUNCEF. Firmou tese, portanto, de que a cláusula que previu o saldamento do plano de benefícios REG/REPLAN, como condição para adesão dos empregados ao novo PCS da empresa, é válido. Os arestos colacionados não apreciam matéria idêntica, a inviabilizar o conhecimento do recurso por divergência jurisprudencial, nos termos do art. 894, II, da CLT. A Súmula 51, II, do c. TST não resta contrariada quando a v. decisão delimita que houve opção pelo autor, que se beneficiou de indenização e de aumento salarial decorrente da adesão ao novo PCS da reclamada. Embargos não conhecidos." (E-ED-RR - 56140-78.2008.5.04.0732, data de julgamento: 7/2/2013, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, data de publicação: DEJT 15/2/2013)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ADESÃO AOS PLANOS DE ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA DE 2008 E DE FUNÇÕES GRATIFICADAS DE 2010. APLICAÇÃO DO ITEM II DO ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 51 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. 1. O Tribunal Regional consignou que "A CEF faculta aos seus empregados optarem, livre e espontaneamente, pelos planos de estruturação salarial

de 2008 e de funções gratificadas de 2010 ou permanecem regidos pelas regras do antigo sistema instituído pelo PCS de 1998. Tal prática empresarial está em perfeita consonância com o quanto disposto no item II da Súmula 51 do c. TST. Ademais, as condições que disciplinam o referido acesso, importando em quitação de eventuais direitos é resultado da vontade coletiva e, como tal, há que se conferir validade às cláusulas normativas que tratam da matéria.". Embora o Agravante apresente em suas razões recursais divergências válidas seja no aspecto formal, seja quanto à especificidade, verifica-se que o acórdão impugnado se encontra em consonância com reiterados julgados desta Corte superior, como transcrito nos fundamentos, de sorte que as divergências apresentadas se encontram superadas pela "iterativa e notória jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho" encontrando o recurso de revista o óbice previsto no atual § 7º, §4º à época da interposição do recurso, do art. 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Óbice no entendimento consagrado no enunciado da Súmula n.º 333 do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de instrumento não provido com registro de ressalva de entendimento pessoal pela relatora." (AIRR - 735-02.2013.5.05.0038, data de julgamento: 19/8/2015, Relatora Desembargadora Convocada: Luíza Lomba, 1ª Turma, data de publicação: DEJT 21/8/2015) "PCS/2008. CEF. ADESÃO CONDICIONADA À RENÚNCIA AO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/

REPLAN. OPÇÃO AO PLANO DE BENEFÍCIOS REB. SÚMULA N.º 51, ITEM II, DO TST. VALIDADE. O acórdão regional está em sintonia com o entendimento pacificado nesta Corte, consubstanciado na Súmula n.º 51, item II, segundo a qual, havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. Na hipótese, não se vislumbra contrariedade à Súmula n.º 288 do TST, pois o citado verbete só se aplica quando a migração para o novo regulamento instituído é automática, e não espontânea, como comprovadamente ocorreu no caso, não persistindo o regulamento anterior. Havendo coexistência de regulamentos, aplica-se o item II da Súmula n.º 51 do TST. Desse modo, resultaram intactos o artigo 5º, caput e inciso XXXVI, da Constituição da República e a Súmula n.º 288 do TST, não havendo mais falar em configuração de divergência jurisprudencial, pois os arestos apresentados pelos recorrentes mostraram-se superados por iterativa e notória jurisprudência desta Corte, nos termos do artigo 896, § 4º, da CLT e da Súmula n.º 333 do TST. Recurso de revista conhecido e desprovido." (RR - 227400-42.2008.5.12.0009, data de julgamento: 13/3/2013, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, data de publicação: DEJT 26/3/2013) "(...) 4) CEF. ADESÃO À ESTRUTURA SALARIAL UNIFICA-

DA - ESU. PCS DE 2008. NORMA COLETIVA. MIGRAÇÃO PARA NOVO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. SÚMULA 51, II, DO TST. A jurisprudência do TST firmou-se no sentido de reconhecer a validade da cláusula em que a Reclamada condiciona a adesão à Estrutura Salarial Unificada-2008 à migração para o Novo Plano de Previdência Complementar. No tema, não há falar em alteração unilateral das condições pactuadas, em prejuízo do empregado, tampouco em direito adquirido às vantagens do antigo plano. O entendimento sobre a matéria está pacificado nesta Corte Superior Trabalhista, por meio da Súmula 51, II, segundo a qual: *"Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro"*. Contudo, a referida adesão não importa em transação, quitação ou renúncia ao direito de discutir questões referentes ao Plano de Cargos e Salários, diante do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Precedentes desta Corte. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido, no aspecto." (RR - 613085-63.2008.5.12.0034, data de julgamento: 8/4/2015, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, data de publicação: DEJT 10/4/2015)

"(...) CEF - ADESAO AO NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS - PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. No presente caso, o reclamante aderiu espontaneamente ao Novo Plano de Cargos e Salários da re-

clamada, ocasião em que renunciou aos direitos relativos ao regulamento anterior. Por outro lado, não há notícia da existência de qualquer vício na opção do reclamante. Nessas situações, esta Colenda Corte vem reconhecendo a validade da opção, nos termos da Súmula/TST n.º 51, item II, segundo a qual -Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro-. Recurso de revista conhecido e provido para julgar improcedente a reclamação trabalhista. (...)." (RR - 3115500-63.2008.5.09.0016, data de julgamento: 17/12/2014, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, data de publicação: DEJT 30/1/2015)

"RECURSO DE REVISTA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ADESAO A NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. OPÇÃO. MIGRAÇÃO PARA NOVO PLANO PREVIDENCIÁRIO COMPLEMENTAR. REG/REPLAN. SALDAMENTO. NORMAS COLETIVAS. PREVALÊNCIA. O ingresso na nova estrutura salarial unificada 2008 da CEF tem como premissa uma transação entre o empregado e o empregador em o primeiro se desvincula do plano de complementação de aposentadoria REG/REPLAN, o que foi plenamente tutelado via acordo coletivo. Sendo assim, não procede o pleito de impor à empregador que faça o enquadramento dos empregados na nova estrutura salarial unificada sem o desligamento do antigo plano de previdência

complementar já referido. Súmula/TST n.º 51, II. Precedentes da SDI-1. Recurso de revista conhecido e provido." (RR - 134600-17.2008.5.04.0009, data de julgamento: 24/9/2014, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5ª Turma, data de publicação: DEJT 3/10/2014)

"RECURSO DE REVISTA. CEF. PCS/2008. ADESÃO CONDICIONADA À RENÚNCIA AO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. VALIDADE. Cinge-se a controvérsia em definir se é válida, ou não, a cláusula que previu o saldamento do plano de benefícios REG/REPLAN, como condição para a adesão dos empregados ao novo Plano de Cargos e Salários da empresa. Compartilho do entendimento dos julgadores -a quo-, no sentido de que a aludida exigência é válida. Com efeito, a hipótese não é de alteração unilateral do contrato de trabalho, mas, sim, de transação de direitos disponíveis. Não se pode olvidar que a adesão é opção do empregado, que, ao abrir mão do plano de benefícios REG/REPLAN, receberá os aumentos salariais do novo PCS, além de uma indenização pela renúncia ao antigo plano FUNCEF. Tal como ponderou a Corte Regional, não merece respaldo a pretensão dos autores, de simplesmente cumular as vantagens de todas as normas. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento." (RR-56140-78.2008.5.04.0732, data de julgamento: 6/6/2012, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, data de publicação: DEJT 15/6/2012)

"RECURSO DE REVISTA DA FUNCEF. TRANSAÇÃO. MIGRAÇÃO PARA NOVO PLANO. DIFERENÇAS. A migração do antigo plano complementar de aposentadoria para um novo, sem nenhum vício de consentimento, implica renúncia às regras do sistema antigo (Súmula 51, item II, do TST). Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido." (RR-2993700-03.2008.5.09.0652, data de julgamento: 2/5/2012, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, data de publicação: DEJT 4/5/2012)

Nesse contexto, verifica-se que a decisão da Turma está em consonância com o que dispõe o item II da Súmula n.º 51 desta Corte, não havendo falar em contrariedade ao seu conteúdo.

Assim, estando a decisão embargada em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, fica superada a alegada caracterização de dissenso de teses, ante o disposto no artigo 894, § 2º, da CLT, introduzido pela Lei n.º 13.015/2014.

Por fim, nos termos em que dispõe o artigo 894, inciso II, da CLT, a indicação de violação de lei e/ou da Constituição Federal não enseja a admissibilidade do recurso de embargos.

Diante desses fundamentos, não infirmadas as razões de denegação de seguimento dos embargos, **nego provimento** ao agravo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, negar provimento ao agravo.

Brasília, 14 de março de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001).

JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, Ministro Relator.

Tribunal Superior do Trabalho

Caixa Econômica Federal. Gerente-geral de agência. PCS 1989. Jornada de trabalho.¹

EMENTA OFICIAL

CEF. Gerente-geral de agência. PCS 1989. Jornada de trabalho de seis horas. Inaplicabilidade. O cargo de gerente-geral de agência não se submete à norma do PCS 1989 da Caixa Econômica Federal - CEF, que fixou de forma genérica para os "gerentes" a jornada de trabalho de seis horas. Por força da Súmula n.º 287 do TST, o gerente-geral está excluído do regime de duração normal do trabalho do art. 62 da CLT, de modo que a ele não são devidas as horas extras excedentes a sexta diária. Sob esse entendimento, a SBDI-I, em sua composição plena, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, negou-lhe provimento. Vencidos os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, relator, José Roberto Freire Pimenta, Emmanoel Pereira, Lelio Bentes Corrêa e Hugo Carlos Scheuermann, os quais davam provimento ao recurso ao fundamento de que a norma da CEF, ao não fazer distinção entre o tipo de gerência, abrange os empregados enquadrados tanto no art. 224,

§ 2º, da CLT, quanto no art. 62, II, do mesmo diploma legal.

(Processo: E-ED-ARR - 59-56.2012.5.12.0018 Data de Julgamento: 21/02/2019, Redator Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT26/04/2019.)

ACÓRDÃO

SDI-1

CMB/cm

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 13.015/2014. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRT POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL E CONTRARIEDADE À SÚMULA 393 DO TST NÃO CONFIGURADAS. Ao não conhecer do recurso de revista do reclamante, a Turma deste Tribunal afirmou categoricamente que a questão referente à decisão proferida em ação civil pública foi objeto de manifestação pelo Tribunal Regional

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=E-ED-ARR%20-%2059-56.2012.5.12.0018&base=acordao&rowid=AAANGHABIAAAV7hAAJ&dataPublicacao=26/04/2019&localPublicacao=DEJT&query=>>>

por ocasião do julgamento dos dois embargos de declaração, o qual além de entender preclusa a alegação apresentada em recurso ordinário, também fez constar um segundo fundamento, de que o reclamante estava enquadrado na regra do artigo 62, II, da CLT, de modo a impedir a aplicação da jornada de seis horas. Não havendo tese no acórdão recorrido a respeito de estar correta ou não a aplicação do instituto da preclusão, inviável a constatação de contrariedade à Súmula 393 deste Tribunal. De igual modo, por entender que o aresto paradigma não trata da mesma situação fática, entende-se não demonstrado o dissenso jurisprudencial nos moldes da Súmula 296, I, do TST. Recurso de embargos não conhecido, no particular."

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1989. HORAS EXTRAS. GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA NORMA BENÉFICA QUE PREVIU JORNADA DE 6 HORAS. Trata-se de caso que envolve a interpretação de norma interna da Caixa Econômica Federal - item 8 do Anexo II PCS de 1989, que fixa para os "gerentes" a jornada normal de 6 horas, posteriormente alterado pelo item 12.1.1 do PCC de 1998, segundo o qual o mesmo limite seria aplicável de forma genérica aos "ocupantes de cargos em composição de gerência, assessoramento (exceto secretário nível 8) e de assessoramento estratégi-

co". A controvérsia reside na sua aplicação ao gerente-geral de agência, submetido ao comando normativo do artigo 62, II, da CLT, diante das características inerentes ao cargo, relacionadas ao fato de ser a autoridade maior da agência, exercer relevantes poderes de mando e representação do empregador e, por conseguinte, não estar sujeito à limitação de jornada. A reconstituição histórica dos fatos permite concluir que a norma em referência (item 8 do PCS de 1989) foi editada ao tempo da antiga redação da Súmula n.º 287 (alterada em 21/11/2003), segundo a qual a limitação de jornada era aplicável ao cargo de gerência previsto no artigo 224, § 2º, da CLT. Posteriormente, esta Corte, por intermédio da Resolução n.º 121/2003 e com o objetivo de distinguir os cargos de gerência enquadráveis nos dois dispositivos mencionados (artigos 62, II, e 224, § 2º, da CLT), conferiu nova redação à mencionada Súmula e promoveu o cancelamento das Súmulas nos 237 e 238, neste caso para excluir o tesoureiro dessa condição. Assim, definiu-se que, em relação ao gerente-geral de agência, milita a presunção do exercício de cargo com amplos poderes de mando e representação, o que não ocorre com os demais exercentes de cargos de gerência, sujeitos ao limite diário de 8 horas. No caso da CEF, contudo, em virtude das normas mais benéficas por ela instituída, referidas anteriormente, aplica-se o limite de 6 horas aos cargos de gerência, à exceção do

gerente-geral de agência, que permanece vinculado à regra prevista no artigo 62, II, da CLT, pois são atribuições deste verificar diariamente o trabalho dos seus subordinados, fazer relatórios, fechar a agência, prestar informações à direção do Banco, dentre outras que demandam sua presença e coordenação. Por se tratar de norma alegadamente mais benéfica que aquela prevista em lei, seria necessário que fosse expressa em relação ao gerente-geral, o que, todavia, não ocorreu. A conclusão, portanto, é que o empregado da CEF investido nos poderes de mando e gestão e ocupante do cargo de gerente-geral de agência não faz jus à jornada de 6 horas prevista no PCS de 1989. Precedentes desta Subseção e de Turmas. Recurso de embargos conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista com Agravo nº TST-E-ED-ARR-59-56.2012.5.12.0018, em que é Embargante NELSON PEDRO HOELTGEBAUM e Embargada CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

Adoto o relatório do Relator Originário, Ministro Augusto César Leite de Carvalho:

"A 4ª Turma deste Tribunal, no que interessa, não conheceu do recurso de revista interposto pelo reclamante quanto à arguição de nulidade do acórdão do TRT por negativa de prestação jurisdicional, e quanto ao tema 'jornada de trabalho - norma regulamen-

tar prevendo a jornada de trabalho de 6 horas para gerentes - período anterior a 1º/7/2008', conheceu do recurso de revista, por divergência jurisprudencial e, no mérito, negou-lhe provimento ao entendimento de que se aplica ao caso a regra do artigo 62, II, da CLT (acórdão - fls. 1.332-1.347).

Os embargos de declaração opostos pelo reclamante às fls. 1.349-1.350 foram desprovidos mediante acórdão de fls. 1.355-1.358.

O reclamante interpõe recurso de embargos às fls. 1.360-1.394. Sob a alegação de divergência jurisprudencial e contrariedade à Súmula 393 do TST, reitera a pretensão de nulidade do acórdão do Tribunal Regional por negativa de prestação jurisdicional. Também pugna pela reforma do acórdão recorrido, quanto ao pedido de horas extras além da sexta hora diária, com fundamento no PCS de 1989. Colaciona arestos ditos divergentes.

Juízo de admissibilidade do recurso de embargos efetivado na forma do disposto na Instrução Normativa n.º 35/2012, concluindo-se demonstrada a divergência jurisprudencial em relação ao pedido de horas extras (fls. 1.397-1.398).

Regularmente intimada (fl. 1.399), a reclamada apresenta impugnação, às fls. 1.400-1.405. Dispensada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho, consoante permissivo regimental (art. 83, § 2º, II, do RITST).

É o relatório.

VOTO

I - PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Atendidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, relativos ao prazo (fls. 1.359 e 1.395) e à representação processual (fls. 10 e 11), sendo desnecessário o preparo, porquanto trata-se de recurso de embargos interposto pelo reclamante e nos autos foram julgados parcialmente procedentes os pedidos, com recolhimento de custas pela reclamada à fl. 1.133).

Em atenção ao Ato TST 725/SEGJUD.GP, de 30 de outubro de 2012, registre-se que os números de inscrição das partes no cadastro de pessoas físicas e jurídicas da Receita Federal do Brasil constam dos autos, à fl. 448.

Convém destacar que o recurso de embargos está regido pela Lei 13.015/2014, porquanto interposto contra acórdão publicado em 31.3.2015, isto é, após 22.9.2014, data da vigência da referida norma.

Cumpre, portanto, examinar os pressupostos específicos do recurso de embargos, o qual se rege pela Lei 13.015/2014.

II - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS"

Adoto, também, os fundamentos de S. Exa. quanto ao tema "Negativa de Prestação Jurisdicional", uma vez que, nesse aspecto, não houve divergência:

2.1 - NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRT POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Nas razões dos embargos, o reclamante reitera a arguição de

nulidade do acórdão do Tribunal Regional por negativa de prestação jurisdicional, especialmente pela ausência de manifestação quanto aos efeitos e abrangência ao presente caso da decisão proferida em ação civil pública, por intermédio da qual foi reconhecida a nulidade da quitação dos direitos dos empregados da CEF, por ocasião da adesão à nova estrutura salarial unificada da reclamada.

Além de colacionar arestos para confronto de teses, o reclamante alega contrariedade à Súmula 393 do TST, ao argumento de que não há falar de preclusão uma vez que a interposição do recurso ordinário devolveu na integralidade o exame da matéria ao Tribunal Regional, por força do disposto no artigo 515, § 1º, do CPC/73.

A análise.

Eis os fundamentos que ensejaram o não acolhimento da arguição de nulidade do acórdão do Tribunal Regional por negativa de prestação jurisdicional:

"(...)

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O Reclamante sustenta que a decisão regional padece do vício de nulidade, porquanto não houve manifestação quanto à existência de decisão proferida em Ação Civil Pública, na qual se reconheceu a nulidade da quitação dos direitos dos empregados da CEF por ocasião da adesão à nova estru-

tura salarial unificada. O Recurso de Revista vem calçado em violação dos arts. 458, II, do CPC, 832 da CLT e 93, IX, da Constituição Federal.

Sem razão o Recorrente.

Com efeito, consoante se infere das razões de decidir da Corte de origem, a questão atinente à decisão proferida em Ação Civil Pública foi devidamente apreciada. Para tanto, confira-se o teor da decisão dada nos primeiros Embargos de Declaração opostos pelo Reclamante, in verbis:

'O autor diz que há omissão no acórdão, pois nada se teria falado sobre o trânsito em julgado da Ação Civil Pública n. 1086-2008-005-10-00-0, originária do Tribunal Regional do Trabalho da 10.^a Região, cuja decisão, que teria abrangência nacional, determinou que a Caixa Econômica Federal se abstivesse de exigir de seus empregados, como condição à adesão à Estrutura Salarial Unificada de 2008, a migração obrigatória para o NOVO PLANO de previdência complementar com saldamento do REG/REPLAN e decretou a invalidade das migrações ocorridas com tal exigência. Não há omissão.

Embora a matéria tenha sido invocada no Recurso Ordinário, ganha destaque o fato de que a matéria não foi examinada na sentença, nem foi o juiz singular instado por Embargos Declaratórios, havendo preclusão quanto a este tópico.

De todo modo, embora esta Câmara tenha julgado improcedentes os pedidos de aplicação das regras do PCS de 1989 acerca da jornada de trabalho para o período de 1.º-7-2008 em diante, no mérito entendeu que, mesmo no interregno que vai do marco prescricional até 30-6-2008, o autor não teria direito às horas excedentes da 6.^a diária, porquanto, embora vinculado ao PCS de 1989, estava incontroversamente enquadrado no art. 62, II, da CLT.

Transcrevo trecho do acórdão:

.....

Ante o exposto, conquanto não haja propriamente omissão, acolho parcialmente os Embargos Declaratórios para acrescer fundamentos ao acórdão.' (Grifos nossos.)

Ao apreciar os segundos Declaratórios apresentados pelo Obreiro, o Regional manifestou-se quanto à Ação Civil Pública, in verbis:

'O autor aduz que, na sentença, o juiz não precisou se manifestar sobre a ação civil pública porque simplesmente afastara a referida transação, razão pela qual nem sequer caberiam Embargos de Declaração na origem. Desse modo, afirma que a matéria só precisaria ter sido levantada por ocasião do Recurso Ordinário - como de fato se deu -, não havendo falar em

preclusão. No seu entender, caberia a esta Corte - ou no acórdão das fls. 580-587, ou no acórdão dos primeiros Embargos de Declaração (a fls. 603-605) - 'a apreciação dos efeitos da decisão da Ação Civil Pública, a fim de que a prestação jurisdicional fique completa e possibilite o Reclamante aviar recurso [...]'. (a fls. 607-607v).

Não há omissão.

Concluindo este Tribunal pela ocorrência da preclusão, eventual entendimento discordante por parte do autor não pode ser veiculado por Embargos de Declaração, uma vez que o questionamento é da própria decisão em si, e não da existência de omissão, contradição, obscuridade ou manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso (arts. 535 do CPC e 897-A da CLT).

De mais a mais, no acórdão dos primeiros Embargos de Declaração, esta Câmara acrescentou outros fundamentos: 'De todo modo, embora esta Câmara tenha julgado improcedentes os pedidos de aplicação das regras do PCS de 1989 acerca da jornada de trabalho para o período de 1.º-7-2008 em diante, no mérito entendeu que, mesmo no interregno que vai do marco prescricional até 30-6-2008, o autor não teria direito às horas excedentes da 6.ª diária, porquanto, embora vinculado ao PCS de 1989, estava incontrovertidamente enquadrado no art. 62, II, da CLT'.

A Súmula n. 297 do TST, item III, a par disso, dispõe: 'Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos Embargos de Declaração'.

Rejeito os embargos.'

Assim, mesmo que de forma contrária aos interesses do ora Recorrente, houve manifestação da Corte de origem quanto à questão ora reputada omissa.

Dessarte, não há como se reconhecer a negativa de prestação jurisdicional.

Ilesos, nesse contexto, os arts. 458, II, do CPC, 832 da CLT e 93, IX, da Constituição Federal.

Não conheço." (fls. 1.338/1.340)

Percebe-se que, ao não conhecer do recurso de revista do reclamante, a 4ª Turma deste Tribunal afirmou categoricamente que a questão referente à ação civil pública foi objeto de manifestação pelo Tribunal Regional por ocasião do julgamento dos dois embargos de declaração, o qual além de entender preclusa a alegação apresentada em recurso ordinário, também fez constar um segundo fundamento, de que o reclamante estava enquadrado na regra do artigo 62, II, da CLT, de modo a impedir a aplicação da jornada de seis horas.

Da leitura completa do acórdão recorrido constata-se que a questão referente à preclusão aplicada pelo Tribunal Regional foi citada apenas no exame da

arguição de negativa de prestação jurisdicional. Assim, não havendo tese no acórdão recorrido a respeito de estar correta ou não a aplicação do instituo da preclusão, inviável a constatação de contrariedade à Súmula 393 deste Tribunal.

De igual modo, não se vislumbra divergência jurisprudencial específica no que diz respeito à arguição de nulidade do acórdão do TRT por negativa de prestação jurisdicional.

O aresto paradigma colacionado às fls. 1.363-1.368 reconhece a recusa na entrega da prestação jurisdicional pela ausência de manifestação do TRT acerca da existência da ação civil pública promovida pelo MPT em tramitação na 5ª Vara do Trabalho de Brasília, na qual teria sido declarada a nulidade das adesões à Estrutura Salarial Unificada ao Plano de Cargos e Salário da CEF.

Ocorre que, no caso concreto, a 4ª Turma deste Tribunal demonstrou que o Tribunal Regional se manifestou sobre esse aspecto, entendendo incidente óbice de natureza processual relacionado com a preclusão da alegação, acrescentando que, de qualquer modo, o reclamante estava funcionalmente enquadrado no artigo 62, II, da CLT.

Desse modo, por entender que o aresto paradigma não trata da mesma situação fática, entende-se não demonstrado o dissenso jurisprudencial nos moldes da Súmula 296, I, do TST.

Portanto, não conheço do recurso de embargos."

Mantenho, ainda, os fundamentos do Relator originário no que tange ao conhecimento do tema referente às horas extras:

2.2 - HORAS EXTRAS. EMPREGADO GERENTE DA CEF. CONTRATO DE TRABALHO REGIDO PELO PCS 1989.

Conhecimento

Em relação ao tema em epígrafe, a 4ª Turma deste Tribunal conheceu do recurso de revista, por divergência jurisprudencial e, no mérito, negou-lhe provimento ao entendimento de que se aplica ao caso a regra do artigo 62, II, da CLT.

Eis as razões de decidir, às fls. 1.340-1.342 e fls. 1.346-1.347:

"(...)

JORNADA DE TRABALHO - NORMA REGULAMENTAR PREVENDO A JORNADA DE TRABALHO DE 6 HORAS PARA GERENTES - PERÍODO ANTERIOR A 1.º/7/2008

O Regional, apesar de reconhecer a existência de norma regulamentar fixando a jornada de trabalho de 6 horas para os gerentes da CEF, entendeu que, sendo o Reclamante gerente-geral de agência, não lhe seria aplicável a referida diretriz regulamentar, in verbis:

'1 - Horas extras além da 6.ª diária de acordo com o PCS de 1989

O autor sustenta que o PCS de 1989, ao qual - segundo afirma - ainda permanece vinculado, estabelece que a jornada de trabalho dos ge-

rentes (mesmo do gerente-geral) seria de 6 horas. Em razão disso, busca o recebimento da 7.^a e 8.^a horas trabalhadas como extras.

Não lhe assiste razão.

Em primeiro lugar, o autor só permaneceu vinculado ao PCS de 1989 até 30-6-2008, pois, na forma da Súmula n. 51, II, do TST, aderiu à Estrutura Salarial Unificada da Carreira Administrativa do PCS de 1998 em 1.º-7-2008 (como, a propósito, já explicitado supra).

No que tange ao período que vai do marco prescricional (10-1-2007) a 30-6-2008, o demandante esteve vinculado ao PCS de 1989 e, consoante a inicial e o seu depoimento, exerceu o cargo de gerente-geral de agência, sendo a autoridade máxima nas agências em que trabalhou e contando com vários subordinados, além de ter autonomia para retirar as funções de alguns de seus subordinados.

Sobre a matéria, o item 8 do Anexo II do PCS de 1989 fixa de forma genérica para os 'gerentes' a jornada de trabalho em 6 horas (fl. 77, verso), assim como o item 12.1.1 do PCC de 1998 fixa a jornada de forma genérica para os 'ocupantes de cargos em comissão de gerência, assessoramento (exceto secretário nível 8) e de assessoramento estratégico: 8 horas diárias' (fl. 107). Independentemente do debate acerca da aplicação do PCS de 1989 ou do PCC de 1998 quanto à duração do trabalho dos gerentes, o au-

tor não faz jus ao recebimento da 7.^a e 8.^a horas como extras, porquanto no presente caso exercia o cargo de gerente-geral de agência de forma efetiva, com amplos poderes, estando, assim, excluído do regime concernente à jornada de trabalho na forma do art. 62, II, do CLT.

A norma do PCS de 1989 que prevê genericamente a jornada de 6 horas para os gerentes é, de fato, mais benéfica que a prevista no PCC de 1998 e que o art. 224, § 2.º, da CLT; no entanto, não afasta a incidência do art. 62, II, desse Diploma. A Consolidação das Leis do Trabalho não determina que os empregados enquadrados no art. 62, II, devem cumprir jornada de 6 ou 8 horas; somente dispõe que, a despeito da jornada que cumpram, não se sujeitam ao regime previsto no Capítulo II do seu Título II.

Em outras palavras: a jornada de trabalho do autor até poderia ser de 6 horas, mas não receberia horas extras caso trabalhasse mais, assim como não sofreria desconto no salário caso trabalhasse menos; ele simplesmente não sofreria controle da jornada, já que o PCS de 1989 não afastou o disposto no art. 62, II, da CLT.

Nego provimento no particular.' (Grifos nossos.)

O Reclamante, em suas razões recursais, afirma que, tendo sido admitido em 1979, encontra-se regido pelo PCS/1989. Afirma que o PCS/1989 continha cláu-

sula que previa que a jornada de todos os empregados da CEF, inclusive daqueles que exerciam a função de gerente-geral de agência, seria de seis horas de trabalho diárias. Argumenta, por tal razão, que a referida condição benéfica se incorporou ao seu contrato de trabalho não podendo ser alterada. O Recurso de Revista vem calçado em violação dos arts. 468 da CLT e 5.º, XXXVI, da Constituição Federal, em contrariedade à Súmula n.º 51, I, do TST e em divergência jurisprudencial.

Logra êxito o Reclamante em demonstrar dissenso pretoriano com o aresto a fls. 1.242-e/1.244-e, porquanto expressa tese especificamente divergente da adotada pela decisão regional, de que o empregado regido pelo PCS de 1989 da CEF possui direito à jornada de trabalho de 6 horas de trabalho, inclusive quando desempenha as atribuições de gerente geral.

Pelo exposto, conheço do Recurso de Revista, por divergência jurisprudencial.

(...)

MÉRITO

JORNADA DE TRABALHO - NORMA REGULAMENTAR PREVENDO A JORNADA DE TRABALHO DE 6 HORAS PARA GERENTES - PERÍODO ANTERIOR A 1.º/7/2008

Cinge-se a controvérsia a analisar a possibilidade de os empregados da CEF regidos pelo PCS de 1989, mesmo os que se enquadram na exceção do art. 62, II, da CLT, terem direito à jornada de 6 horas de trabalho diárias.

Consoante se infere das razões de decidir da Corte de ori-

gem, o item 8 do Anexo II do PCS de 1989 fixa de forma genérica para os "gerentes" a jornada de trabalho em 6 horas.

Ora, conquanto a norma regulamentar em apreço mencione genericamente que a jornada de trabalho dos 'gerentes' seja de 6 horas diárias, não é crível imaginar que esteja fazendo alusão ao gerente geral de agência, visto que a jornada de trabalho do referido empregado encontra-se regulada pelo art. 62, II, da CLT, na forma do entendimento consubstanciado na parte final da Súmula n.º 287 deste Tribunal Superior, que assim dispõe:

'JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO.

A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2.º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.'

Registre-se, por oportuno, que esta Corte, em hipóteses idênticas à dos autos, já teve a oportunidade de se manifestar quanto à impossibilidade de ser conferida ao gerente-geral de agência a jornada de 6 horas de trabalho diárias, mesmo que regido pelo PCS de 1989. Nesse sentido, têm-se os seguintes precedentes: TST-RR-1277-46.2010.5.04.0331, Relator Ministro: Emmanoel Pereira, 5.ª Turma, DEJT 3/10/2014; TST-RR-19200-96.2008.5.04.0641, Relator Ministro: José Roberto

Freire Pimenta, 2.^a Turma, DEJT 6/6/2014.

Assim, sendo incontroverso que do marco prescricional (10/1/2007) a 30/6/2008, o Reclamante, apesar de estar vinculado ao PCS de 1989, exercia o cargo de gerente-geral de agência, não tem direito à jornada de 6 horas de trabalho diárias, visto lhe ser aplicável a regra inserta no art. 62, II, da CLT.

Pelo exposto, nego provimento ao Recurso de Revista do Reclamante. Mantido o enquadramento do Reclamante no art. 62, II, da CLT, afigura-se prejudicada a apreciação dos seguintes temas recursais: horas extras decorrentes de destacamentos, intervalo intrajornada e reflexos das horas extras."

Contra esse acórdão, o reclamante opôs embargos de declaração indicando omissão de julgamento quanto à análise da matéria em face da regra prevista no artigo 468 da CLT e no disposto na Súmula 51, I, do TST. Também alegou falta de análise da matéria acerca do estabelecido no item 2.2.1.4.1 do Anexo I da OC DIRHU 009/88 (PCS/89) o qual, no entender do embargante, não faz restrição e ou distinção entre as funções de gerente e gerente geral. Por fim, requereu pronunciamento jurisdicional acerca da incorporação ou não da Cláusula 4.2 da OC DIRHU 009/88.

Ao negar provimento aos embargos de declaração, a 4.^a Turma deste Tribunal decidiu:

"(...)

Alega o Embargante que a decisão padece do vício de omissão, fazendo-se necessário que se proceda à complementação da prestação jurisdicional, visto que não foi apreciada a questão à luz da Súmula n.º 51, I, do TST. Afirma que as normas regulamentares que se incorporaram ao seu contrato de trabalho não faziam distinção entre os gerentes e os gerentes-gerais de agência, de forma que a todos deve ser aplicada a jornada de 6 horas. Requer, por fim, que haja manifestação quanto à cláusula 4.2 da OC DIRHU 009/88. Registra que a análise dos questionamentos formulados deve ser feita, sob pena de violação dos artigos 832 da CLT, 458 do CPC, e 93, IX, da Constituição Federal.

Não tem razão o/a Embargante. Cumpre esclarecer que os Embargos de Declaração têm a sua área de atuação bastante reduzida, limitando-se aos casos em que houver no julgado omissão, contradição ou obscuridade. Não se prestam, assim, a satisfazer o simples inconformismo da parte em relação à decisão que lhe foi desfavorável, conforme disciplinam os arts. 535 do CPC e 897-A da CLT. Nesse sentido, a jurisprudência:

'PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS PREVISTOS NO ART. 535 DO CPC. OBJETIVO EXCLUSIVO DE REDISCUTIR O JULGADO. NÃO CABIMENTO.

1. Os Embargos Declaratórios não constituem instru-

mento adequado para a rediscussão da matéria de mérito, tampouco, ante a ausência de omissão, obscuridade ou contradição, para o prequestionamento com vista à interposição de Recurso Extraordinário.

2. Embora tenha mencionado a existência de contradição, verifica-se que o embargante pretende rediscutir o mérito do julgado, pois não aponta incongruência alguma entre os fundamentos e a conclusão adotada por esta Turma.

3. Cumpre destacar que 'A contradição que enseja os Embargos de Declaração é apenas a interna, aquela que se verifica entre as proposições e conclusões do próprio julgado, não sendo este o instrumento processual adequado para a correção de eventual error in iudicando (...)' (EDcl no AgRg nos EREsp 1.191.316/SP, Rel. Ministro Sídney Beneti, Corte Especial, DJE 10.5.2013).

4. In casu, o acórdão embargado é claro quanto à única matéria devolvida ao conhecimento do STJ: violação do art. 535 do CPC pelo Tribunal a quo. Essa foi a nulidade alegada no Recurso Especial, o que não pode ser confundido com possível nulidade do despacho do juízo de 1.º grau.

5. A rigor, se pretendia discutir suposta nulidade do despacho do juízo de 1.º que determinou a intimação, a parte deveria ter apontado violação da norma legal

que disciplina a questão. Não o fazendo, atraiu o óbice da Súmula 284/STF.

6. Embargos de Declaração rejeitados." (EDcl no REsp 1404624 / PE -EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2013/0314872-3; Relator: Ministro Herman Benjamin; Acórdão 2.ª Turma; publicado no DJE de 7/3/2014) (Grifei.)

Ora, o que a parte trata como necessidade de complementar a prestação jurisdicional entregue nada mais representa do que simples argumentos destinados a garantir a reforma do julgado que não lhe foi favorável, situação não garantida na legislação acima referida.

Da decisão embargada, constata-se que a questão foi devidamente examinada, de forma fundamentada, porquanto o acórdão expressamente consigna que, conquanto o item 8 do Anexo II do PCS de 1989 mencione genericamente que a jornada de trabalho dos 'gerentes' seja de 6 horas diárias, não seria crível imaginar que estivesse fazendo alusão ao gerente geral de agência, visto que a jornada de trabalho do referido empregado encontra-se regulada pelo art. 62, II, da CLT, na forma do entendimento consubstanciado na parte final da Súmula n.º 287 deste Tribunal Superior.

Afirmou-se, ainda, que 'sendo incontroverso que do marco prescricional (10/1/

2007) a 30/6/2008, o Reclamante, apesar de estar vinculado ao PCS de 1989, exercia o cargo de gerente-geral de agência, não tem direito à jornada de 6 horas de trabalho diárias, visto lhe ser aplicável a regra inserta no art. 62, II, da CLT'.

Acrescente-se que não há de se cogitar de incidência da Súmula n.º 51, I, do TST, pelo fato de se ter entendido que a norma regulamentar não previa a jornada de 6 horas ao gerente-geral de agência, não havendo, portanto, de se falar em direito adquirido à referida jornada de trabalho.

Por fim, não tendo o ora Embargante buscado o pronunciamento quanto à cláusula 4.2 da OC DIRHU 009/88 em seu Recurso de Revista, não pode pretender o pronunciamento apenas em Embargos de Declaração, sendo, no tópico, patente a inovação recursal.

Assim, analisados, na decisão embargada, todos os tópicos suscitados nos presentes Embargos de Declaração, não há de se falar em violação dos artigos 832 da CLT, 458 do CPC, e 93, IX, da Constituição Federal.

Ante o exposto, não padecendo a decisão de nenhum dos vícios apontados, não se justifica a oposição dos presentes Embargos de Declaração, os quais merecem ser desprovidos, visto que não configuradas as hipóteses previstas nos arts. 897-A da CLT e 535 do CPC.

Nega-se provimento aos Embargos de Declaração." (fls. 1.355-1.358)

Nas razões dos embargos, o reclamante alega, em síntese, ter direito ao recebimento como trabalho extraordinário, das sétimas e oitavas horas diárias, nos termos do PCS de 1989, não incidindo no contrato de trabalho as alterações regulamentares posteriores menos benéficas. Afirma que o PCS/89 previa jornada de trabalho de seis horas diárias para todos os empregados, inclusive, os gerentes. Colaciona arestos ditos divergentes.

À análise.

Consoante decidido em juízo de admissibilidade dos embargos pelo Ministro Presidente da 4ª Turma, a tese firmada no aresto paradigma originário da 2ª Turma deste Tribunal, DEJT de 23.5.2014, apresenta divergência específica.

Embora nesse acórdão paradigma conste ter o TRT afirmado que o reclamante, ocupante de cargo de gerente regional, exerceu funções de fidúcia previstas no artigo 224, § 2º, da CLT, enquanto que no caso concreto fala-se de incidência do artigo 62, II, da CLT, certo é que após registrar que o PCS de 1989 da CEF previa a jornada de seis horas para os empregados que exerciam função de gerência, a 2ª Turma deste Tribunal firmou tese de que "*qualquer modificação da norma regulamentar empresarial, posterior ao ingresso de um determinado empregado, que lhe seja prejudicial, será ineficaz, aplicando-se apenas para os futuros empregados*". Nesses termos concluiu que o "benefício da jornada de seis

horas, uma vez instituída pela empresa, incorpora-se ao contrato de trabalho de seus empregados" (fl. 1.382), destacando ao final ser "irrelevante a discussão sobre as atribuições do reclamante, com o fito de caracterizar a fidúcia bancária" (fl. 1.382).

Ressalte-se, pois, que a conclusão final do aresto paradigma no sentido de aplicar a diretriz jurisprudencial da Súmula 51, I, do TST, afirmando categoricamente, repita-se, ser "*irrelevante a discussão sobre as atribuições do reclamante, com o fito de caracterizar a fidúcia bancária*" (fl. 1.382), se contrapõe ao entendimento firmado no acórdão recorrido na parte em que deixa de aplicar a Súmula 51, I, do TST pelo fato de o gerente geral de agência não ter direito à jornada de trabalho de seis horas ante o disposto no artigo 62, II, da CLT.

Além de presentes requisitos formais nos moldes recomendados na Súmula 337, IV, do TST, constantes à fl. 1.383, uma vez que indicado endereço do sítio do TST na internet, número do processo, órgão julgador e data de publicação no DEJT, entende-se demonstrado o dissenso jurisprudencial consoante Súmula 296, I, do TST.

Portanto, conheço do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial.

MÉRITO
CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1989 - HORAS EXTRAS - GERENTE-GERAL DE

AGÊNCIA - INAPLICABILIDADE DA NORMA BENÉFICA QUE PREVIA JORNADA DE 6 HORAS

O Ministro Relator originário propunha o provimento do recurso de embargos para julgar procedente o pedido de horas extras, conforme postulado na petição inicial, assim consideradas as sétima e oitava horas diariamente trabalhadas no período considerado imprescrito e não alcançado pelo PCC de 1998 (10/01/2007 a 30/06/2008), determinando o retorno dos autos à Egrégia 4ª Turma para que prosseguisse no julgamento dos temas considerados prejudicados.

Na sessão de 18/05/2017, o Ministro João Oreste Dalazen apresentou voto divergente no sentido de negar provimento aos embargos do reclamante. Eis o teor do voto de S. Exa. proferido oralmente em sessão, consoante se colhe das notas taquigráficas:

"O que se discute? Se o reclamante, no período em que foi Gerente-Geral de Agência, inequivocamente faz jus à jornada de trabalho de seis horas, porque essa jornada de trabalho foi prevista pelo Plano de Cargos e Salários de 89 da Caixa Econômica Federal genericamente para os gerentes. A 4ª Turma, com o meu voto, entendeu - data venia endosso esse entendimento uma vez mais - que, se a Caixa Econômica quisesse estender esse direito aos Gerentes-Gerais de Agência, teria feito isso de forma expressa. Mas não. Apesar da generalidade - compreendo - do vocábulo 'geren-

tes', ela não disse, com todas as letras, que essa norma se estendia ao Gerente-Geral de Agência, que, como se sabe, por força da Súmula n.º 287 do TST, está excluído do regime de duração normal do trabalho do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho. De modo que, em face dessa dicção restrita da norma regulamentar e de a questão jurídica relativa à jornada de trabalho do Gerente-Geral de Agência estar equacionada já de há muito na Súmula n.º 287 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual, como sabemos, o Gerente-Geral de Agência exerce cargo de confiança, e, como tal, não faz jus às horas extras excedentes da sexta diária, penso que, até para se manter a uniformidade de entendimentos em relação aos Gerentes-Gerais de Agência, impõe-se a solução, data venia, abraçada pela egrégia Turma de não estender esse direito na forma como está contemplada a norma do PCS.

Eu gostaria de, uma vez mais, ressaltar que a norma da Caixa aqui também, a meu sentir, revela-se infeliz, porque, como se vê, também é uma nova fonte de conflituosidade gerada por norma interna da Caixa Econômica Federal, o que talvez seja sugestivo da necessidade de esta empresa pública aprimorar os seus mecanismos de aprovação de normas, que têm impacto na área de pessoal respectiva, de modo que peço a máxima vênia ao Relator. Entendo que andou bem a egrégia 2.ª Turma. Nego provimento, data venia, aos embargos."

Na sessão de 24/05/2018, o Exmo. Ministro Alexandre Agra Belmonte proferiu voto acompanhando a divergência, nos seguintes termos:

"Quanto ao mérito, a controvérsia dos autos cuida em definir se o empregado da CEF, no exercício da função de Gerente-Geral de audiência, inserido, portanto, no art. 62, II, da CLT, beneficia-se da jornada de seis horas prevista no PCS/1989, ou se ela é aplicável, tão somente, aos gerentes referidos no art. 224, § II, da CLT. É porque ambos os dispositivos mencionam esta nomenclatura, gerente. O acórdão da Turma deixou incontroverso o quadro fático definido pela Corte Regional de que o reclamante foi admitido na empresa sob a égide do PCS/1989, que no item 8 do anexo II fixa para os gerentes, genericamente falando, a jornada de trabalho em seis horas. É sabido que o Gerente-Geral de Agência não está subordinado a horário, conforme já expressamente previsto na CLT, desde 1943, a teor do que dispõe o art. 62, II. O item 8 do anexo II do PCS/1989 foi editado na vigência da antiga redação da Súmula n.º 287 desta Corte e não fala em Gerente-Geral de Agência, que dispunha que o gerente bancário enquadrado na previsão do § do art. 224 consolidado cumpre jornada normal de oito horas, somente não fazendo jus às horas suplementares, excedentes da oitava, quando investido em mandato em forma legal, tenha en-

cargos de gestão e usufrua de padrão salarial que o distinga dos demais empregados. Ou seja, a súmula, naquela redação, continha exceção de inaplicabilidade da duração de trabalho ao gerente investido em mandato, em forma legal, que tivesse encargos de gestão. Ora, dito isto, se o Gerente-Geral de Agência estava enquadrado na exceção da súmula em sua antiga redação e não estava subordinado a horário, e o gerente a que alude o art. 224, § 2º, da CLT, então constante da regra da súmula em sua antiga redação estava subordinado ao labor de oito horas diárias, conclui-se que a fixação da jornada de seis horas diárias é a ele e somente a ele aplicável, e não àquele que tinha cargo de gestão e pleno poder decisório no comando da agência. Posteriormente, esta Corte, a fim de melhor explicitar a distinção entre os cargos de gerência enquadráveis no art. 224, § 2º, da CLT e no art. 62, II, da CLT, por meio da Resolução n.º 121/03, conferiu nova redação à Súmula n.º 287 do TST, que passou então a ter a redação atual, falando, expressamente, sobre o Gerente-Geral.

Em face desse contexto, no mesmo ato em que editada a nova redação do mencionado verbete, foram igualmente canceladas as Súmulas n.os 237 e 238 que abordavam outras situações, inclusive Subgerentes, etc. Diante desse cenário, conclui-se que apenas aos exercentes do cargo de gerência, enquadrados no art. 224, § 2º, da CLT, se destina a jornada mais benéfica de seis

horas prevista no PCS/89, ou seja, em vez de oito, seis. Faz sentido. Ao Gerente-Geral de agência permaneceu aplicável o art. 62, II, da CLT, e não teria qualquer lógica, não faria sentido o banco limitar a jornada de trabalho desse gerente a seis horas pela natureza do cargo. Ainda que assim não fosse, não é possível interpretar de forma ampliativa uma norma benéfica. As normas benéficas precisam ser condizentes com a lógica que informou a sua edição e nenhuma lógica teria de estabelecer horário para o Gerente-Geral, que precisa verificar diariamente o trabalho dos subordinados, fazer relatórios, fechar a agência e prestar satisfações à direção, entre outros afazeres que não se coadunam com a jornada de seis nem com a de oito horas. Ainda assim, subsiste a questão: não poderia a CEF estabelecer, em relação aos Gerentes-Gerais de agência, norma mais benéfica? Para que tal ocorresse, seria necessário que a norma fosse expressa em relação aos gerentes-gerais de agência, dada a condição jurídica distinta que assumem perante os demais gerentes bancários, os quais se enquadram, esses sim, na regra do art. 224, § 2º, da CLT. E ainda que houvesse justificativa plausível para que, contra a jurisprudência vigente, fossem tais gerentes incluídos num horário de trabalho que o art. 62, II, da CLT, exclui. Nesse mesmo sentido, já tive a oportunidade de me pronunciar, por ocasião do julgamento do Processo AgR-E-ED-RR n.º 19200-96/

2008, perante esta mesma Subseção - decisão publicada no Diário Oficial em 2014, cuja ementa reproduzo. Segue recente julgado desta SDI a respeito da matéria. Refiro-me ao E-ED-RR n.º 328700-26/2009, relatoria do Ministro Walmir Oliveira da Costa. Seguem precedentes de Turmas desta Corte, os quais, quer em relação ao aspecto fático, quer em relação ao aspecto jurídico, corroboram a conclusão aqui proclamada quanto ao fato de que a situação do Gerente-Geral de agência não é contemplada no PCS/89: AIRR n.º 950-71/2012, Desembargador Convocado, à época, Ministro Breno Medeiros, acórdão da 8.ª Turma, publicado em 2015; RR n.º 75500-75/2009 da 8.ª Turma, relatoria do Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro nesse mesmo sentido, publicado em 2014; RR n.º 25471-96/2015, 8.ª Turma, relatoria da Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, de 2017. Há outro recurso exatamente nesse sentido, fazendo inclusive referência expressa ao fato a que me refiro, da 7.ª Turma, relatoria do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Há outros da 7.ª Turma no mesmo sentido, de 2015, relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão. Há da relatoria do Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, de 2017, recente. Enfim, Sr. Presidente, entendendo que à norma regulamentar sub judice somente pode ser conferida interpretação restritiva, a que se refere, no caso, ao gerente do art. 224, § 2.º, da CLT. Não haveria nenhum

sentido de se fazer uma limitação, diante das atribuições do cargo de um gerente geral de uma Caixa Econômica Federal, limitando esse horário a seis horas. Por tais razões é que, respeitosamente, acompanho a divergência inaugurada por S. Ex.ª o Ministro João Oreste Dalazen, para conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e negar-lhe provimento."

Na mesma sessão, votei no sentido de acompanhar a divergência.

Em razão da aposentadoria do Exmo. Ministro João Oreste Dalazen, autor do primeiro voto divergente, e do afastamento desta Subseção do Exmo. Ministro Alexandre Agra Belmonte, fui designado redator do presente acórdão, em razão de ter proferido voto acompanhando a divergência.

Pois bem.

Discute-se, nos autos, se o empregado da CEF, no exercício da função de "gerente-geral de agência" (artigo 62, II, da CLT), faz jus à jornada de seis horas prevista no PCS/89, ou se ela é aplicável apenas aos ocupantes do cargo de gerente referidos no artigo 224, § 2º, da CLT.

Consoante registrado pelo TRT e transcrito no acórdão embargado, o autor foi admitido na empresa sob a égide do PCS de 1989, que no item 8 do Anexo II fixa para os "gerentes" a jornada de trabalho em 6 horas:

"o item 8 do Anexo II do PCS de 1989 fixa de forma genéri-

ca para os 'gerentes' a jornada de trabalho em 6 horas (fl. 77, verso), assim como o item 12.1.1 do PCC de 1998 fixa a jornada de forma genérica para os 'ocupantes de cargos em comissão de gerência, assessoramento (exceto secretário nível 8) e de assessoramento estratégico: 8 horas diárias'."

Por sua vez, o gerente-geral de agência não está subordinado a horário, conforme expressamente previsto no artigo 62, II, da CLT, in verbis:

"Art. 62. Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...]

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento e/ou filial."

O item 8 do anexo II do PCS de 1989 foi editado na vigência da antiga redação da Súmula n.º 287 desta Corte (alterada em 21/11/2003) e, como visto, não há referência ao gerente-geral de agência. Eis o teor do referido verbete, antes da sua alteração:

"O gerente bancário enquadrado na previsão do § 2º do art. 224 consolidado, cumpre jornada normal de oito horas, somente não tendo jus às horas suplementares, excedentes da oitava quando, investido em mandato, em forma legal, tenha encargos de gestão

e usufrua de padrão salarial que o distinga dos demais empregados."

Extrai-se do verbete acima que, se o gerente-geral de agência estava enquadrado na exceção da súmula em sua antiga redação e não estava subordinado a horário, e o gerente a que alude o artigo 224, § 2º, da CLT, constante da regra da súmula em sua antiga redação, estava subordinado ao labor de 8 horas diárias, conclui-se que a fixação da jornada de 6 horas se aplica somente a ele, e não àquele que tinha cargo de gestão e plenos poderes de decisão no comando da agência.

Posteriormente, esta Corte, com o objetivo de distinguir os cargos de gerência enquadráveis nos artigos 224, § 2º, e 62, II, da CLT, por meio da Resolução n.º 121/2003, publicada no DJ de 19, 20 e 21/11/2003, conferiu nova redação à Súmula n.º 287, nos seguintes moldes:

"JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT."

Na mesma resolução 121/2003, foram canceladas as Súmulas nos 237 e 238 porque, em relação ao tesoureiro, não é possível o en-

quadramento no artigo 224, § 2º, da CLT, por não se tratar de cargo de gerência, e, em relação aos subgerentes, ficou prevista a respectiva situação na primeira parte da nova redação conferida à Súmula n.º 287.

Assim, conclui-se que a jornada mais benéfica de 6 horas prevista no PCS de 1989 se aplica apenas aos exercentes do cargo de gerência enquadrado no artigo 224, § 2º, da CLT, em detrimento da de 8 que veio a ser estabelecida, posteriormente, no PCS de 1998.

Ou seja, ao gerente-geral de agência permaneceu aplicável o artigo 62, II, da CLT. Nem poderia ser diferente, pois a CEF não iria editar uma norma limitativa da jornada de trabalho aos empregados ocupantes do cargo de gerente-geral, pela própria natureza do cargo, pois são atribuições deste verificar diariamente o trabalho dos seus subordinados, fazer relatórios, fechar a agência e prestar informações à direção do Banco.

Por se tratar de norma alegadamente mais benéfica que aquela prevista em lei, seria necessário que fosse expressa em relação ao gerente-geral, o que, como já visto, não o foi.

A respeito da matéria, seguem julgados do TST, inclusive desta Subseção:

"AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS EM RECURSO DE REVISITA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. GEREN-

TE-GERAL DE AGÊNCIA. PODERES DE MANDO E GESTÃO. SÚMULA 287/TST. 1. A Turma adotou entendimento segundo o qual, 'para o enquadramento como gerente geral, nos termos do art. 62, inciso II, da CLT, basta que o empregado seja a autoridade máxima da agência.'. Nesse contexto, longe de contrariar a Súmula 287/TST, a Turma conferiu-lhe correta aplicação, na medida em que o verbete em questão dispõe expressamente que, no caso do gerente-geral de agência, presume-se o encargo de gestão. 2. Outrossim, restou registrado na decisão recorrida que 'nos termos do acórdão regional, não se aplica ao caso a OC DIRHU 009/88, com relação à jornada de seis horas para gerente, tendo em vista que 'o cargo de gerente, ao qual era garantida a jornada de seis horas, é diverso do cargo de gerente geral, que foi exercido pelo reclamante durante todo o período não atingido pela prescrição pronunciada pela sentença'. Nesse contexto, não prospera o argumento de contrariedade ao item I da Súmula 51 do TST, que trata da aplicabilidade no tempo das normas regulamentares que alterem ou revoguem vantagens, na medida em que enfatizado pela Turma que o Regulamento em debate era inaplicável ao empregado, porquanto o cargo exercido por ele era de gerente geral, e não de gerente. Logo, a Súmula 51 é inespecífica. 3. Por fim, considerando que parte dos arestos indicados à divergência é invál-

lida, e que os demais são inespecíficos, uma vez que não partem das mesmas premissas fáticas, conclui-se que deve ser mantida a decisão que denegou seguimento ao recurso de embargos. Agravo regimental conhecido e desprovido." (AgR-E-ED-RR-19200-96.2008.5.04.0641, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, DEJT 12/12/2014);

"[...]. C) AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/14 E ANTERIOR À LEI N.º 13.467/17. 1. PORTE DE UNIDADE. DIFERENÇAS SALARIAIS EM DECORRÊNCIA DA ADOÇÃO DE PISO MÍNIMO DE MERCADO DIFERENCIADO DE ACORDO COM A REGIÃO GEOGRÁFICA. POSSIBILIDADE. 2. JORNADA DE SEIS HORAS PARA OCUPANTES DE CARGO DE GERÊNCIA E COMISSIONADOS. JORNADA DIFERENCIADA INSTITUÍDA POR NORMA INTERNA DA CEF (OC DIRHU 009/88) VIGENTE À ÉPOCA DA ADMISSÃO DO AUTOR. EXERCÍCIO DE CARGO GERENCIAL/COMISSIONADO NA VIGÊNCIA DE NOVO REGULAMENTO, QUE PREVÊ JORNADA DE 8 HORAS PARA OCUPANTES DE CARGOS GERENCIAIS. INAPLICABILIDADE AOS OCUPANTES DE CARGO DE GERENTE GERAL. ART. 62, II, DA CLT. SÚMULA 287/TST. 2.1 É incontroverso nos autos que o Reclamante ocupou o cargo de Gerente Geral durante todo o período imprescrito. 2.2 A Corte de origem

assinalou que a norma interna da CEF, em vigor à época em que o Autor foi admitido, garantia a jornada de seis horas para as funções comissionadas, inclusive aos gerentes. Para este Relator, independentemente da natureza jurídica do cargo gerencial ocupado pelo empregado, referida norma interna consubstanciou-se em uma garantia de observância à jornada reduzida de seis horas para os empregados que exercessem a função de cargos comissionados, tratando-se, portanto, de norma mais benéfica. Assim, as diretrizes nela contidas se integraram ao contrato de trabalho dos empregados admitidos na vigência da norma regulamentar, na forma do art. 468 da CLT e da Súmula 51 do TST. Com efeito, é certo que os dispositivos do regulamento empresarial ingressam nos contratos individuais de trabalho como se fossem cláusulas, razão pela qual não podem ser suprimidos da esfera jurídica dos empregados, ainda que alterado o seu conteúdo. Como cláusulas contratuais, aplica-se-lhes o disposto no artigo 468 da CLT, entendimento já sedimentado na Súmula 51, I, do TST. Na visão deste Relator, incide, assim, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva. 2.3 Todavia, à luz do entendimento firmado por esta 3ª Turma do TST, a previsão da jornada de seis horas na OC DIRHU 009/88 e no PCS/89se restringe aos bancários que se enquadram no art. 224, § 2º, da CLT, não alcançando os empregados ocupantes do cargo de Gerente Geral- caso dos

autos -, aos quais se aplicam o art. 62, II, da CLT. Agravo de instrumento desprovido." (ARR-20050-59.2015.5.04.0010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, 3ª Turma, DEJT 07/01/2019);

"RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - CEF. [-]. 3. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. BANCÁRIO. CARGO DE CONFIANÇA. GERENTE DE RELACIONAMENTO. JORNADA DE SEIS HORAS FIXADA EM NORMA INTERNA (OC DIRHU 009/88). GERENTE GERAL. PARCIAL PROVIMENTO. Na hipótese, a egrégia Corte Regional afastou a aplicação dos artigos 62, II, e 224, § 2º, da CLT, sob o fundamento de que a jornada de seis horas era cumprida, também, pelos gerentes de relacionamento - cargo exercido pela reclamante -, nos termos da norma interna OC DIRHU 009/88, que aderiu ao seu contrato de trabalho, de forma que as alterações prejudiciais posteriores, por outras normas internas, são a ela inaplicáveis, nos termos da Súmula n.º 51, I. Assim, manteve o pagamento de horas extraordinárias após a sexta hora diária neste período. Nesse contexto, havendo previsão no sentido de que a jornada seria de 6 (seis) horas para o cargo de gerente de relacionamento, não há falar em ofensa aos artigos 62, II, e 224, § 2º, da CLT, bem como a indicada contrariedade à Súmula n.º 287. Ademais, registrou que o cargo de gerente, ao qual era garantida a jornada de seis horas, é diverso

do cargo de gerente geral, que foi exercido pela reclamante em algumas oportunidades. Desse modo, concluiu que, nos períodos em que a reclamante exerceu a função de gerente geral, esta se enquadra na exceção do artigo 224, §2º, da CLT, sendo devidas como extras as horas excedentes à 8ª diária. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, para o empregado bancário gerente geral de agência presume-se o exercício de encargo de gestão, sendo-lhe aplicável o artigo 62, II, da CLT, não havendo falar em horas extraordinárias. Por se tratar de presunção iuris tantum, admite prova em contrário, cabendo ao empregado o encargo de demonstrar que apesar da função exercida não deteria poderes de mando e gestão, a inseri-lo na exceção do referido preceito, quanto à duração jornada de trabalho. Precedentes. Na espécie, depreende-se do v. acórdão regional que a reclamante exerceu, durante parte do período imprescrito, o cargo de gerente geral de agência. Ora, data vênua do entendimento adotado pelo egrégio Colegiado Regional, a reclamante, como gerente geral de agência, estava investida de poderes de mando e gestão, bem como de fidência especial, que o insere na exceção do artigo 62, II, da CLT, a afastar a pretensão ao pagamento de horas extraordinárias nesse período. Inteligência da Súmula n.º 287. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido. [...]." (RR-104-39.2011.5. 04.0561,

Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, 5ª Turma, DEJT 02/06/2017);

"[...]. HORAS EXTRAS. BANCÁRIO INVESTIDO NAS FUNÇÕES DE 'GERENTE GERAL' E 'GERENTE DE AGÊNCIA BANCÁRIA' - O Reclamante, durante o período em que exerceu as funções de Gerente de Relacionamento e Gerente de Atendimento, faz jus ao pagamento das horas trabalhadas além da sexta, como extras, por força do disposto em norma regulamentar vigente à época de sua admissão, que garante a jornada de 6 horas para o empregado que exerce a função de gerente de agência bancária. Todavia, no período em que exerceu a função de Gerente Geral, não tem direito ao recebimento de horas extras, nos termos da Súmula 287 do TST e do art. 62, II, da CLT. Assim sendo, a decisão regional que entende devido o pagamento de horas extras para o Gerente Geral de agência bancária contraria a segunda parte da Súmula 287 do TST, bem como viola o art. 62, II, da CLT. Recurso de Revista parcialmente conhecido e provido." (RR-75500-75.2009.5.04.0372, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, DEJT 31/10/2014).

Por fim, na sessão realizada em 21/02/2019, o Exmo. Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, proferiu voto acompanhando a divergência apresentada pelo Ministro João Oreste Dalazen, nos seguintes termos:

"HORAS EXTRAS. SÉTIMA E OITAVA. BANCÁRIO. CEF. GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. PREVISÃO NO PCS 1989 (OC DIRHU 009/88) DE CARGA HORÁRIA DE 6 (SEIS) HORAS PARA 'GERENTES'

Discute-se a jornada aplicável a gerente-geral de agência da Caixa Econômica Federal até 30/6/2008, enquanto em vigor o PCS 1989, que prevê carga horária de seis horas para 'gerentes'.

O eminente Relator propõe conhecer dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhes provimento para, reformando o acórdão recorrido, julgar procedente o pedido de horas extras, conforme postulado na petição inicial, assim consideradas as sétimas e oitavas horas diariamente trabalhadas no período considerado imprescrito e não alcançado pelo PCC de 1998 (10.1.2007 a 30.6.2008), determinando-se o retorno dos autos à 4ª Turma deste Tribunal para que prossiga no julgamento dos temas considerados prejudicados do recurso de revista do reclamante (horas extras decorrentes de destacamentos, intervalo intrajornada e reflexos das horas extras. Eis a ementa proposta:

[...]

Acompanharam o relator os Ministros José Roberto Freire Pimenta, Emmanoel Pereira, Lelio Bentes Corrêa e Hugo Carlos Scheuermann. (Total: 5 Ministros).

O Ministro João Oreste Dalazen abriu divergência, para negar provimento aos embar-

gos, sob o fundamento de que 'apesar da generalidade, compreendo, do vocábulo 'gerentes', ela não disse, com todas as letras, que essa norma se estendia ao Gerente-Geral de agência, que, como se sabe, por força da Súmula n.º 287 do TST, está excluído do regime de duração normal do trabalho do art. 62 da Consolidação das Leis do Trabalho. De modo que, em face dessa dicção restrita da norma regulamentar e de a questão jurídica relativa à jornada de trabalho do Gerente-Geral de agência estar equacionada já de há muito na Súmula n.º 287 do Tribunal Superior do Trabalho, segundo a qual, como sabemos, o Gerente-Geral de agência exerce cargo de confiança, e, como tal, não faz jus às horas extras excedentes da sexta diária.'

O Ministro Alexandre Agra Belmonte acompanhou a divergência. Acrescentou que a própria natureza do cargo impede se limite a jornada a seis horas e há mais de duas décadas a Súmula 287 do TST definiu que a jornada do gerente-geral de agência encontra previsão no art. 62, II, da CLT de forma que à norma regulamentar somente se confere interpretação restritiva.

Acompanharam a divergência os Ministros Cláudio Mascarenhas Brandão, Renato de Lacerda Paiva, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho e Guilherme Augusto Caputo Bastos. (Total: 6 Ministros).

Peço vênica ao relator para acompanhar a divergência. Consoante examinado no acórdão embargado, o acórdão re-

gional consignou que 'o item. 8 do Anexo II do PCS de 1989 fixa de forma genérica para os 'gerentes' a jornada de trabalho em 6 horas (fl. 77, verso)'.

Resta definir se o fato de a norma interna (PCS 1989) que prevê jornada de seis horas tratar de forma genérica 'gerentes' abrange o gerente-geral, cargo confessadamente exercido pelo reclamante, ou se, frente à não especificação da norma, a ele se aplica a regra geral do art. 62, II, da CLT e da Súmula 287 do TST, e, por conseguinte, o afastamento do controle de jornada e sétima e oitava horas extras, tal como decidiram o Tribunal Regional e a 4ª Turma.

Certo que o art. 62, II, da CLT refere-se genericamente a 'gerentes' (não contém a expressão 'gerente-geral'), sendo necessário analisar a jurisprudência da Corte já consagrada a respeito desse cargo bancário.

A Súmula 287 do TST na redação anterior, publicada no DJ 18/03/1988, assim dispunha:

'Histórico:

Redação original - Res. 20/1988, DJ 18.03.1988

N.º 287 Jornada de Trabalho - Gerente bancário.

O gerente bancário, enquadrado na previsão do § 2º do art. 224 consolidado, cumpre jornada normal de oito horas, somente não tendo jus às horas suplementares, excedentes da oitava, quando, investido em mandato, em forma legal, tenha encargos de gestão e usufrua de padrão sa-

larial que o distinga dos demais empregados.'

Conclui-se que o verbete já desde 1988, anteriormente ao PCS/89, já cristalizava jurisprudência predominante no sentido de retirar o direito às sétima e oitava horas extras do gerente bancário sujeito à norma do art. 224, § 2º, da CLT. No tocante ao gerente bancário, investido em mandato, em forma legal, incumbido de encargos de gestão com padrão salarial distinto dos demais empregados, a jurisprudência desde então revelava-se ainda mais rigorosa e deste gerente bancário excluía até mesmo o direito às horas extras excedentes da oitava, ainda que sem menção nominal ao cargo gerente geral ou ao art. 62, II, da CLT.

Em 2003 passou a vigorar a atual redação da Súmula 287 do TST:

'JORNADA DE TRABALHO. GERENTE BANCÁRIO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

A jornada de trabalho do empregado de banco gerente de agência é regida pelo art. 224, § 2º, da CLT. Quanto ao gerente-geral de agência bancária, presume-se o exercício de encargo de gestão, aplicando-se-lhe o art. 62 da CLT.'

Na oportunidade, fez-se, portanto, consagrar o termo 'gerente-geral de agência', bem como o art. 62 da CLT. Da leitura dos precedentes que informaram a nova redação da Súmula 287 do TST constata-se que a intenção foi, então,

além de fazer constar expressamente o nome 'gerente-geral' e o art. 62 da CLT, retirar do verbete o termo 'investido em mandato em forma legal', já que prescindível, pois a Subseção de Dissídios Individuais 1 do TST reiteradamente decidia pela validade de mandato tácito que se configurava pelo próprio exercício das funções de gerente-geral na forma do art. 62, II, da CLT.

Não bastasse a clara e tradicional jurisprudência, inclusive, anterior ao PCS 1989 (OC DIRHU 009/88), nem mesmo tal documento contém dispositivos que demonstrem ser intento inequívoco da CEF beneficiar os gerentes-gerais com a jornada de seis horas.

Com efeito, o Anexo I, o item 2.2.1.4.1 dispõe que são funções de Chefia: 'gerente, gerente adjunto, gerente-geral, gerente produto, gerente de núcleo, gerente de operações, gerente de projeto' Ou seja, elencou-se nesse mesmo item do Anexo I a função de gerente-geral juntamente com todas as demais funções de gerente (fls. 128).

Mas, no Anexo II, cujo item 8 previu a jornada de trabalho de 'seis horas diárias' (fls. 147), descreveram-se no item 2 as atribuições principais do 'Gerente', dentre outras, 'informar à Gerência-Geral as tendências de mercado com vistas às alterações nas estratégias de captação' e 'avaliar e informar à Gerência Geral os resultados da unidade' (fls. 152).

Como visto, o PCS 1989 mencionou o gerente-geral ou a gerência-geral expressamente

ao menos em relação a essas duas funções atribuídas, destacando o Gerente-geral dos demais gerentes.

Em virtude de a jurisprudência consagrada na Corte desde antes do PCS 1989 tratar diferentemente o gerente geral em matéria de jornada, somente se o PCS 1989 contemplasse expressamente o gerente-geral com a jornada de seis horas prevista genericamente para os demais gerentes bancários poderia se concluir encontrar-se o gerente-geral excepcionado da sujeição à norma do art. 62, II, da CLT.

Não comungo, portanto, do fundamento norteador posto pelo eminente relator, que propõe na ementa que 'o Tribunal Regional assevera categoricamente que o item 8 do Anexo II do PCS de 1989 da CEF fixou a jornada de trabalho de 6 horas para os gerentes, sem fazer distinção entre o tipo de gerência, o que permite concluir abranger os empregados enquadrados nas regras previstas nos artigos 62, II, e 224, § 2º, ambos da CLT'.

Isso porque o plano de cargos, no particular, contém norma mais benéfica que aquela conferida ao detentor de fidúcia prevista no art. 224, § 2º, da CLT, comportando, portanto, interpretação restrita nos termos do art. 114 do Código Civil.

Cumpra assinalar, por fim, que tal posicionamento que venho de manifestar constitui alteração de convencimento antes manifestado na 8ª Turma.

'RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAS. GERENTE GERAL. JORNADA DE TRABALHO DE SEIS HORAS. PREVISÃO EM NORMA INTERNA. ALTERAÇÃO POSTERIOR LESIVA. IMPOSSIBILIDADE. Deve ser assegurada ao reclamante a jornada de trabalho de seis horas prevista no regulamento vigente à época de sua admissão e, consequentemente, as horas extras excedentes à sexta diária, conforme garantias asseguradas nos arts. 5º, XXXVI, da CF e 468 da CLT, porquanto as normas internas que integraram o contrato de trabalho do empregado e o seu patrimônio jurídico não são suscetíveis de alteração lesiva. Recurso de revista conhecido e provido.' Processo: RR - 106100-73.2011.5.17.0008. Data de Julgamento: 20/11/2018, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 23/11/2018.

'RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. JORNADA DE TRABALHO. CARGOS GERENCIAIS. PREVISÃO EM NORMA INTERNA DA JORNADA DE TRABALHO DE SEIS HORAS DIÁRIAS. De acordo com o Tribunal a quo, a norma interna vigente na data de admissão do reclamante assegurava a jornada de seis horas diárias aos empregados ocupantes de cargos de gerente de relacionamento e de gerente geral da CEF, funções desempenhadas pelo reclamante, tendo em vista que a OC DIRHU 009/88 'expressamente estabelece a jornada de seis

horas para os trabalhadores, inclusive gerentes'. Dessa forma, por se tratar de regra mais benéfica, incorporou-se ao seu patrimônio jurídico, não se lhe aplicando as alterações prejudiciais posteriores, nos termos da Súmula n.º 51, I, do TST, o que afastou a aplicação dos artigos 62, II, e 224, § 2º, da CLT e da jornada de oito horas diárias estabelecida no PCC/98, em relação ao qual não se depreende a opção do reclamante, bem como das previsões estabelecidas em normas internas e coletivas de jornadas diversas e de ausência de controle de jornada para os cargos gerenciais. Recurso de revista não conhecido.' Processo: TST-ARR - 20903-18.2014.5.04.0523 Data de Julgamento: 30/05/2018, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/06/2018.

'I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 13.015/2014 E DO NCPC - HORAS EXTRAS - CARGO DE GERENTE-GERAL - PREVISÃO DE JORNADA DE SEIS HORAS EM NORMA INTERNA. 1. O Eg. TRT consignou que o direito à jornada de seis horas para os ocupantes de cargos gerenciais era previsto no PCS/1989, que permaneceu aplicável ao Autor, e que a adesão à ESU/2008 não teria abarcado a modificação da jornada de trabalho, nos termos da documentação trazida aos autos. Óbice da Súmula n.º 126 do TST. 2. Nessa esteira, o benefício da jornada de seis ho-

ras integrou o contrato de trabalho do Reclamante e a revogação da vantagem por meio de norma interna posterior implicaria alteração contratual lesiva, vedada pelo art. 468 da CLT. Precedentes. 3. Inaplicáveis o art. 62, II, da CLT e a Súmula n.º 287 do TST, ante a existência de norma regulamentar com disposição mais benéfica ao Autor. Julgados.' Processo: ARR - 2331-38.2014.5.12.0055 Data de Julgamento: 13/06/2018, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/06/2018. Por todo o exposto, acompanho a divergência, data venia do relator."

A conclusão, portanto, é que o empregado da CEF investido nos poderes de mando e gestão e ocupante do cargo de gerente-geral de agência - artigo 62, II, da CLT - não faz jus à jornada de 6 horas previstas no PCS de 1989.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso de embargos.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, apenas quanto ao tema "horas extras - empregado gerente da CEF - período do contrato de trabalho regido pelo PCS de 1989", por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, vencidos os Exmos. Ministros Augusto César Leite de

Carvalho, Relator, José Roberto Freire Pimenta, Emmanoel Pereira, Lelio Bentes Corrêa e Hugo Carlos Scheuermann, negar-lhe provimento.

Brasília, 21 de fevereiro de 2019.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

CLÁUDIO BRANDÃO, Redator Designado.



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.**