Revista de Direito da ADVOCEF

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

RDA | Ano XIX | N.º 35 | 428p | Nov 23

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.35, 2023

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: *300 exemplares*
Periodicidade: *semestral*
Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*
Solicita-se Permuta

Diretoria Executiva da ADVOCEF

Presidente
Marcelo Quevedo do Amaral (CETEN-DF)

Vice-Presidente
Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (GEJUR-DF)

1º Secretário
Gabriel Augusto Godoy (CEAJU-SP)

2ª Secretária
Fabiola Oliveira Alencar (Natal)

1ª Tesoureiro
Duílio José Sanchez Oliveira (São José dos Campos)

2ª Tesoureira
Anna Claudia de Vasconcellos (GEATR-DF)

Diretor de Relacionamento Institucional
Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Brasília)

Diretor de Comunicação Social e Eventos
Marcelo Dutra Victor (CEATR-PE)

Diretora de Honorários Advocatícios
Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (CEATR-PE)

Diretor de Negociação Coletiva
Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

Diretor de Prerrogativas
Sandro Cordeiro Lopes (Niteroi)

Diretor Jurídico
Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretora Social
Linéia Ferreira Costa (Salvador)

Conselho Executivo da Revista

Marcelo Quevedo do Amaral
Marcelo Dutra Victor
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.

Eurico Soares Montenegro Neto

Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2000) e pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Eurípides de Miranda. Presidente do Instituto Rondoniense de Direito Administrativo. Sócio-fundador da Montenegro Bernardo Andrade Vargas Sociedade de Advogados e advogado concursado da Caixa Econômica Federal. Foi Conselheiro Federal Suplente da OAB em 2015 e Secretário-Geral Adjunto da Seccional de Rondônia no triênio 2016-2018. Atua nas áreas do Direito Público e Privado, com ênfase em Direito Constitucional, Administrativo, Civil e Empresarial.

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 Batista Pinto Silveira

Desembargador Federal no TRF da 4ª Região. Vice-presidente do TRF4. Ex-Gerente Jurídico da Caixa Econômica Federal.

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

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

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

Manuel Munhoz Caleiro

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

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta

Mestranda em Direito, Justiça e Desenvolvimento pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa - IDP/SP. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL.

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
Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)
Luiz Fernando Padilha (CEPVA-GO)
Dione Lima da Silva (Porto Alegre)
Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (CEAJU-SP)
Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)
Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)
Henrique Chagas (Aposentado/Presidente Prudente)

Membros Suplentes
Eurico Soares Montenegro Neto (GEAJU11-DF)
Janaina Marreiros Guerra Dantas (Teresina)
Matheus Aguiar de Barros (CEATR-PE)

Conselho Fiscal

Membros Efetivos
Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)
Júlio Vitor Greve (Aposentado/DIJUR/SUJUR)
Cláudia Elisa de Medeiros Teixeira (CEPVA-GO)

Membros Suplentes
Marcos Nogueira Barcellos (GEJUC-DF)
Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

Sumário

Apresentação *11*

Parte 1 – Artigos

Marco inicial e prazo prescricional da indenização da aposentadoria complementar
Paulo Henrique Garcia Hermosilla *15*

O princípio da vedação do retrocesso social e sua aplicação envolvendo o direito à moradia: lições jurídicas que se extraem do extinto Programa Casa Verde e Amarela
Luis Antônio Gonçalves Pires *43*

Diálogo entre usos e costumes comerciais e a autonomia privada: regulação estatal *versus* liberdade econômica
Gustavo Tanger Jardim *73*

Admissibilidade do recurso de revista e a crise dos tribunais superiores
Maria da Graça Manhães Barreto Iglesias *85*

A recuperação judicial do produtor rural e suas particularidades
Paola Cristina Rios Pereira Fernandes *111*

Amargurado dulçor: poder, submissão, coronelismo e cangaço na decadência dos engenhos açucareiros nordestinos através de Fogo Morto
Pedro Henrique Almeida Queiroz *177*

A inconstitucionalidade da norma que cria cargo comissionado sem caráter de chefia, direção e assessoramento
Márcio Berto Alexandrino de Oliveira e Ladir Fernandes Júnior *209*

A prisão dos avós por dívida alimentar e a dignidade da pessoa humana
Márcio Berto Alexandrino de Oliveira *231*

A desconsideração da personalidade jurídica: conceito, teorias, aplicação nas sociedades limitadas e as alterações feitas pela Lei da Liberdade Econômica
Délia Morais Pales Martins e Rodrigo Assunção Salvador ... 257

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça
Compra e venda com financiamento imobiliário. Vícios construtivos. Ausência de responsabilidade do credor fiduciário ... 275

Superior Tribunal de Justiça
Bem de família. (Im)penhorabilidade. Alienação fiduciária e hipoteca. Distinções. Validade ... 285

Superior Tribunal de Justiça
Alienação fiduciária. Constituição em mora. Notificação ao devedor. Rito e exigência ... 311

Superior Tribunal de Justiça
Alienação fiduciária. Ausência de registro do contrato. Efeitos ... 383

Tribunal Superior do Trabalho
Horas in itinere. *Supressão. Negociação coletiva. Possibilidade. SDI-1 ... 417*

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO ... *425*

Apresentação

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, com orgulho redobrado, apresenta a 35ª edição da Revista de Direito da ADVOCEF.

Gestada inicialmente como canal de difusão da produção intelectual de seus quadros, no curso dos quase 20 anos de existência expandiu suas fronteiras e ampliou seus princípios.

Com a participação qualificada de alargado espectro de autores e uma diversificada gama de temas, a Revista busca mesclar doutrina jurídica sólida e jurisprudência representativa de assuntos de interesse abrangente.

Em sua consistente trajetória, e pela segunda vez, a entidade realiza o lançamento do periódico semestral durante um dos eventos mais marcantes do Conselho Federal da OAB.

A 24ª Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, realizada na capital mineira, dentro de sua vibrante programação, também testemunha a divulgação inaugural de mais um número da Revista de Direito.

Obras, ideais e boas construções coletivas precisam se renovar, crescer e experimentar constantes transformações, despertando as atenções e as mentes para a ciência e o conhecimento.

Advogados muitos, entidades as mais diversas, todos juntos perseguindo anseios comuns na direção de um futuro melhor, mais culto e consciente de seus direitos e obrigações.

Festejemos, com júbilo e humildade, mais uma edição.

Diretoria Executiva da ADVOCEF

Parte 1

ARTIGOS

Marco inicial e prazo prescricional da indenização da aposentadoria complementar

Paulo Henrique Garcia Hermosilla
Advogado
Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo
Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo.

RESUMO

A complementação de aposentadoria é um importante mecanismo colocado à disposição do interessado para, contornando os baixos valores pagos pela previdência oficial, aumentar o valor do benefício, complementando a renda do aposentado. A previdência complementar contribui para a abertura de novas vagas de emprego, na medida em que possibilita ao aposentado a opção de, efetivamente, deixar o mercado de trabalho, ao lhe atribuir um conforto material que a previdência oficial não tem condições de proporcionar. Enquanto o valor do benefício pago pela previdência oficial é fixo, e se baseia nos recolhimentos efetuados no decorrer da vida útil do aposentado, o benefício oriundo da previdência privada pode, sob certas circunstâncias, ser enriquecido ou, na impossibilidade, ser indenizado. Porém, o interessado deve exercer seu direito a tempo e modo, o que ainda é um desafio para a jurisprudência, que ainda não definiu, de forma segura, como o beneficiário deve aviar sua pretensão.

Palavras-chave: Complementação de aposentadoria. Previdência privada. Benefício. Revisão.

ABSTRACT

The retirement supplementation is an important mechanism available to retirees to, bypassing the low amounts paid by the public system, increase the value of the benefit paid, complementing the income of retirees. The supplementation, in addition to bringing more tranquility to the retiree and his family, contributes to the opening of new jobs, to the extent that it allows the retiree the option of effectively leaving the labor market, by assigning him a material comfort that the official pension

is not able to provide. While the amount of the benefit paid by the official pension is fixed, and is based on the collections made during the retiree's useful life, the benefit from the private pension may, under certain circumstances, be enriched or, if impossible, be compensated. However, the interested party must exercise his right in the correct way, which is still a challenge to the jurisprudence, which has not yet defined, in a safe way, how the beneficiary should proceed.

Keywords: Retirement supplementation. Private retirement plan. Benefit. Revision.

Introdução

A complementação de aposentadoria é um importante mecanismo de manutenção da remuneração quando o beneficiário, por qualquer razão, geralmente a aposentadoria, completa o período de contribuição e passa a usufruir do benefício pago pelo instituto de previdência complementar, benefício esse calculado com base nos recolhimentos efetuados durante o período de contribuição (capitalização), resguardadas as peculiaridades de cada plano.

Quanto maior o valor recolhido na fase de capitalização, maior será o valor do benefício pago pelo instituto de previdência ao beneficiário.

Os recolhimentos podem ser feitos exclusivamente pelo interessado (contribuinte individual), ou, com frequência, em cotas pagas pelo empregado e pelo empregador. Neste caso, o valor das cotas é baseado em um percentual da remuneração recebida pelo empregado na vigência do contrato de trabalho.

Nesse período, que pode durar décadas, é comum surgirem divergências entre patrões e empregados, o que pode gerar demandas judiciais, individuais ou coletivas, as quais, em caso de condenação, obrigarão os patrões a reparar verbas que, eventualmente, tenham caráter salarial, a exemplo das horas extras.

Ocorre que as verbas de caráter salarial, mesmo que obtidas através do Poder Judiciário, deveriam sensibilizar as cotas, de patrões e empregados, devidas aos fundos de previdência privada complementar, o que não ocorre na prática, seja por esquecimento do reclamante, que deixa de inserir pedido específico de incidência dos reflexos previdenciários sobre as verbas salariais, seja porque, quando da liquidação do valor da condenação trabalhista, o empregado já está aposentado e recebendo o bene-

fício complementar, em prejuízo da reserva matemática que poderia enriquecer o complemento da aposentadoria.

Importante lembrar que, deferido o benefício pelo instituto de previdência complementar, seu valor não poderá mais ser majorado por decisão do Superior Tribunal de Justiça, conforme será confirmado a seguir.

Como a Justiça e os beneficiários estão lidando com a questão, é o que será discutido neste artigo.

1 A escolha do tema

A escolha do tema partiu da decisão do STJ que foi o divisor de águas em dois aspectos: modulação e competência. A partir dessa definição, os jurisdicionados passaram a direcionar as demandas judiciais de forma objetiva, conhecendo o foro competente e contra quem deveriam endereçar o pedido.

O tema é palpitante pois, além de definir o destino das novas demandas judiciais, o STJ blindou os institutos de previdência complementar, imunizando-os do risco de sofrerem novas ações e condenações, o que, no limite, poderia levá-los ao risco de liquidação, pois as condenações ocorriam em situações aleatórias, inclusive, sem que houvesse o prévio recolhimento ou cálculo atuarial[1].

Infelizmente, a maior parte da sociedade desconhece o tema, uma vez que a situação financeira e social do país não permite que a complementação de aposentadoria seja vulgarizada a toda a população, considerando o expressivo valor envolvido.

---

[1] "Além de estabelecer a distinção entre as relações de trabalho e de previdência privada, como destacado, o art. 202 da CF/1988, com a redação dada pela EC n. 20/1998, **consagrou o regime de capitalização. Esse regime financeiro pressupõe a constituição de reservas que garantam o benefício contratado, mediante o prévio recolhimento das contribuições vertidas pelo participante e pelo patrocinador, bem como os rendimentos auferidos com os investimentos realizados**. [...] Com efeito, diante da exigência legal de se adotar o regime de capitalização e da necessidade de manter o equilíbrio atuarial do plano de benefícios, a interpretação que se dá ao contrato de previdência complementar deve visar à preservação desse equilíbrio, tendo sempre em conta os interesses da coletividade dos participantes do plano." STJ - Recurso Especial 1.312.736/RS – 2ª Seção – Rel.: Ministro Antonio Carlos Ferreira – julgamento: 08/08/2018 – publicação: 16/08/2018 – v.u. (destaques constantes do original)

2 Previ – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil

Para ilustrar este artigo, entre os diversos fundos de pensão atuantes no país, optamos por citar a Previ – Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil –, criada em 1904[2], quando sequer havia previdência oficial no Brasil. A Previ figura entre os maiores fundos de pensão da América Latina e é uma entidade fechada de previdência, sendo seus participantes, em regra, funcionários e aposentados do Banco do Brasil.

O objetivo da Previ é garantir aos participantes benefícios previdenciários complementares aos da previdência oficial.

3 Previdência oficial

A previdência oficial surgiu, de forma embrionária, em 1923, a partir da Lei Eloy Chaves (Decreto Legislativo nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923), em benefício dos funcionários das estradas de ferro e dos servidores de uma ou outra repartição pública, únicos que tinham a aposentadoria garantida por lei.[3]

A legislação federal fez dos ferroviários, no setor privado, os precursores do direito a um pagamento mensal durante a velhice, de modo que foi a partir da Lei Eloy Chaves que se construiu todo o arcabouço do sistema previdenciário brasileiro, até se tornar o modelo atual, que beneficia 35 milhões de pessoas, entre aposentados e pensionistas, nos setores público e privado.

Através da Lei Eloy Chaves, as companhias ferroviárias foram incumbidas de criar as CAP, Caixas de Aposentadorias e Pensões, as quais deveriam recolher a contribuição de patrões e empregados e pagar o benefício aos aposentados e pensionistas.

A Lei n° 3.807, de 26 de agosto de 1960, dispõe sobre Lei Orgânica de Previdência Social – LOPS, que unificou a legislação referente aos Institutos de Aposentadorias e Pensões. Posteriormente, o Decreto-Lei n° 72, de 21 de novembro de 1966, unificou os Institutos de Aposentadorias e Pensões existentes à épo-

---

[2] Conheça a Previ. **Previ - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil**. Disponível em: <https://www.previ.com.br/portal-previ/a-previ/conheca-a-previ/>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.

[3] Primeira lei da Previdência, de 1923, permitia aposentadoria aos 50 anos. **Agência Senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/primeira-lei-da-previdencia-de-1923-permitia-aposentadoria-aos-50-anos>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.

ca e criou o Instituto Nacional de Previdência Social – INPS. O INPS unificou as ações da previdência para os trabalhadores do setor privado, exceto os trabalhadores rurais e os domésticos.[4]

A Constituição Federal de 1988 criou o conceito de Seguridade Social sobre o tripé: saúde, assistência e previdência social.

Atualmente, o tema é disciplinado pelo Decreto n° 3.048, de 6 de maio de 1999, o qual aprovou o Regulamento da Previdência Social, sendo certo que os benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social variam de R$ 1.320,00 a R$ 7.507,49[5].

4 Superior Tribunal de Justiça – REsp 1.312.736/RS – Tema 955

Instituído no STJ a partir da Lei n° 11.672/2008, o objetivo do julgamento na sistemática dos recursos repetitivos é dar mais celeridade, isonomia e segurança jurídica no julgamento de recursos especiais que tratem da mesma controvérsia jurídica[6].

O tema agitado no REsp 1.312.736/RS tem origem em ação revisional de complementação de aposentadoria e cobrança de diferenças aforada pela beneficiária em desfavor da FUNDAÇÃO BANRISUL DE SEGURIDADE SOCIAL, constando que a autora, em 1976, havia aderido ao plano de previdência complementar da Fundação.

A autora juntou aos autos cópia do acórdão proferido pelo TRT da 4ª Região que, na demanda trabalhista movida contra o BANRISUL – BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A (que figurou como patrocinador do plano de previdência durante o contrato de trabalho), reconheceu o direito da autora

---

4 Breve histórico. **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS**. Disponível em: < https://www.gov.br/inss/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/breve-historico>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.

5 "Ao contrário do regime financeiro de caixa ou de repartição simples – em que as contribuições dos trabalhadores ativos ajudam a financiar os benefícios que estão em gozo, como ocorre no RGPS –, o regime de capitalização, adotado na previdência complementar, tem como princípio a impossibilidade de haver benefício sem prévio custeio. Assim, para cada plano de benefícios, deve-se formar uma reserva matemática que, de acordo os cálculos atuariais, possibilitará o pagamento dos benefícios contratados." STJ - Recurso Especial 1.312.736/RS – 2ª Seção – Rel.: Ministro Antonio Carlos Ferreira – julgamento: 08/08/2018 – publicação: 16/08/2018 – v.u.

6 CNJ Serviço: Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 27 de ago. de 2023.

ao recebimento das diferenças salariais, em face do não pagamento de trabalho extraordinário exercido de forma habitual, e dos reflexos das horas extras no prêmio de aposentadoria.

In casu, o regulamento do plano de previdência complementar da autora previa que o valor mensal do benefício seria calculado a partir da média aritmética simples dos salários de participação do associado, relativos aos doze últimos meses anteriores à concessão do benefício.

No entender da autora, o trânsito em julgado, posterior à sua aposentadoria, de uma demanda trabalhista ajuizada em desfavor de seu ex-empregador, deveria sensibilizar o valor do benefício previdenciário complementar, o que, no entanto, foi negado pela Fundação.

A Fundação alegou, em preliminar, a inépcia da inicial, a ilegitimidade passiva e o litisconsórcio passivo necessário, e, no mérito, a impossibilidade de incorporação de verba trabalhista na complementação de aposentadoria, em face da legislação vigente e do regulamento aplicável.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado improcedente em face da ausência de base legal ou contratual para o pretendido recálculo do salário real de benefício. Porém, a decisão foi reformada pelo TRT da 4ª Região, o qual, por maioria de votos, decidiu, em síntese: a) condenar a Fundação a revisar o benefício previdenciário complementar da autora considerando a integração das parcelas salariais reconhecidas na demanda trabalhista; b) condenar a Fundação a pagar as diferenças a este título, corrigidas pelo IGP-M desde o vencimento de cada parcela do benefício reconhecido como devido, acrescidas de juros moratórios, a partir da citação, observada a prescrição quinquenal (STJ, Súmula 291).

Inconformada, a Fundação apresentou Recurso Especial, com base no art. 105, III, "a" e "c", da CF, apontando divergência jurisprudencial e ofensa a diversos dispositivos legais, entre eles o arts. 1º, 18, *caput*, e § 3º, e 19 da LC nº 109/2001, sustentando a impossibilidade de inclusão das horas extras habituais no benefício de previdência privada, considerando a ausência da fonte de custeio e a necessidade da preservação do equilíbrio atuarial.

A propósito, a LC 109/2001, em sintonia com o art. 202 da CF, exige: a) que o plano de benefícios esteja em permanente equilíbrio financeiro e atuarial; b) a obrigatoriedade da adoção do regime financeiro de capitalização, para os benefícios de pagamento em prestações que sejam programadas e continuadas; c) que o cálculo das reservas técnicas atenda às peculiaridades de cada pla-

no de benefícios; e d) que as reservas técnicas, provisões e fundos de cada plano de benefícios e os exigíveis a qualquer título atendam permanentemente à cobertura integral dos compromissos assumidos pelo plano de benefícios, ressalvadas excepcionalidades definidas pelo órgão regulador e fiscalizador.

No âmbito do STJ, em face da multiplicidade de recursos especiais com fundamento na mesma questão de direito, o tema foi afetado ao julgamento pela Segunda Seção, através da sistemática dos recursos especiais repetitivos (CPC, art. 1.036).

Em seguida, foram determinadas, entre outras providências: a) a suspensão, em âmbito nacional, do processamento de todas as ações pendentes, individuais ou coletivas, que versem sobre a questão afetada; b) a expedição de ofício aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, comunicando a instauração do procedimento e facultando a prestação de informações; c) a cientificação da SUPERINTENDÊNCIA NACIONAL DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – PREVIC, da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – ABRAPP e da ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PARTICIPANTES DE FUNDOS DE PENSÃO – ANAPAR, sendo-lhes facultada a manifestação.

Por fim, originado no REsp 1.312.736/RS, foi fixado o Tema 955, o qual vetou o ajuizamento de novas ações judiciais em desfavor dos fundos de pensão quando já deferido o benefício, e facultou o manejo da ação indenizatória por danos materiais em demanda trabalhista a ser aforada contra o ex-empregador (patrocinador), sempre que os prejuízos verificados no fundo de pensão decorrerem de ato ilícito trabalhista, praticado pelo ex-empregador, que tenha impedido a inclusão da parcela salarial, reconhecida no processo, no salário de contribuição do fundo de pensão, afetando negativamente o benefício previdenciário pago ao ex-empregado.

Vejamos o teor da tese firmada no âmbito do Tema 955:

> RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. VERBAS REMUNERATÓRIAS (HORAS EXTRAORDINÁRIAS). RECONHECIMENTO PELA JUSTIÇA TRABALHISTA. INCLUSÃO NOS CÁLCULOS DE PROVENTOS DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIO CUSTEIO. MODULAÇÃO DE EFEITOS DA DECISÃO. POSSIBILIDADE DE RECÁLCULO DO BENEFÍCIO EM AÇÕES JÁ AJUIZADAS. CASO CONCRETO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Teses definidas para os fins do art. 1.036 do CPC/2015

a) "A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia formação de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias (horas extras) reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria."

b) "Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho."

c) "Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2005): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até a data do presente julgamento – se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa –, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias (horas extras), reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso."

d) "Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar."

Em seu voto, o Relator, Ministro Antonio Carlos Ferreira, destacou a necessidade do respeito aos arts. 18, §§ 1º a 3º, e 21, da Lei Complementar nº 109/2001, ou seja, não se deve admitir,

sem prévio suporte financeiro (reserva matemática), a inclusão de valores nos cálculos dos proventos de complementação de aposentadoria posteriormente à concessão do benefício, sob pena de desequilíbrio do plano de benefícios, "o que representa uma ameaça à preservação da segurança econômica e financeira atuarial para a coletividade dos participantes e a possível necessidade de recomposição das reservas, nos moldes previstos no art. 21 da lei complementar mencionada".

Entendendo que a recomposição das reservas do plano exige cálculos atuariais complexos, "impondo um recálculo individualizado em face de um plano mutualista", o Relator discordou do entendimento pacificado no âmbito da Terceira Turma do STJ que propunha, para a correção do problema da falta de fonte de custeio, a procedência do pedido formulado pelo participante e a condenação da entidade de previdência complementar a reajustar o benefício, mediante a extemporânea contribuição dos valores que deixaram de ser recolhidos no momento oportuno, ao argumento que tal providência não atende à exigência do prévio custeio (LC 109/2021, art. 18, §§ 1º, 2º e 3º), "resultando processo excessivamente oneroso para o fundo e para a coletividade dos participantes", sendo necessária a "efetiva recomposição atuarial do plano, para possibilitar a inclusão dessas verbas no benefício, com a indispensável formação da reserva matemática (reserva de benefícios a conceder), exigida pela lei".

Por outro lado, o patrocinador (ex-empregador), que deu causa à ausência de recolhimento no momento oportuno, sequer fez parte da ação revisional do benefício. Além disso, nenhum ato ilícito foi praticado pela entidade de previdência complementar, restando evidente a onerosidade excessiva em relação à coletividade dos participantes, concluindo-se que a reparação judicial deve ser endereçada contra o ex-empregador, através da via processual adequada.

Considerando a eventual inviabilidade da pretensão de reparação diretamente contra a patrocinadora, diante do tempo decorrido entre a prolação da sentença na Justiça do Trabalho e o julgamento do recurso repetitivo pelo STJ, foi acolhida a proposta de modulação, de forma excepcional, sendo admitido o recálculo do benefício nas demandas revisionais propostas perante a Justiça Comum até a data do julgamento do REsp repetitivo 1.312.736/RS, condicionado ao "prévio e integral restabelecimento das reservas matemáticas, por meio de aporte a ser vertido pelo participante, devendo a apuração dos valores

correspondentes basear-se em estudo técnico atuarial, conforme disciplinado no regulamento do plano", concluiu o Relator.

5 Histórico

No voto-vista proferido no julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.312.736/RS, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva lembrou que, anteriormente, o tema se processava perante a Justiça do Trabalho.

Conforme jurisprudência sedimentada no TST desde 2011 (Orientação Jurisprudencial 18 – SBDI-I), o valor das horas extras integrava a remuneração do empregado para o cálculo da complementação de aposentadoria, desde que sobre ele incidisse a contribuição ao instituto de previdência, observado o regulamento no tocante à integração[7].

A mudança do entendimento pretoriano surgiu em 2013, após o Supremo Tribunal Federal estabelecer, com repercussão geral, que a competência para processar e julgar o tema era da Justiça Comum[8].

Na oportunidade, a Suprema Corte modulou os efeitos da decisão e reconheceu a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as demandas da espécie, incluindo o trânsito em julgado e a execução, sentenciadas até data do julgamento (20/2/2013).

À época da decisão do STF, as turmas de Direito Privado do STJ divergiam quanto ao tema. Enquanto a Terceira Turma admitia a revisão da renda mensal inicial, desde que respeitada a reserva matemática, a Quarta Turma rejeitava a revisão, entendendo que a ausência da prévia contribuição fulminaria a pretensão, pois a complementação de aposentadoria se sustenta no regime de capitalização.

A pretensão reparatória contra o ex-empregador foi novidade surgida no julgamento do RESp repetitivo 1.312.736/RS, quando a Segunda Seção autorizou o interessado a manter a demanda já proposta perante a Justiça Comum, cujo objeto seja a revisão da renda mensal inicial da complementação de aposentadoria, caso tal solução lhe fosse útil, considerando que a

---

7 TST – OJ 18 SBDI-I: "I - O valor das horas extras integra a remuneração do empregado para o cálculo da complementação de aposentadoria, desde que sobre ele incida a contribuição à Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil - PREVI, observado o respectivo regulamento no tocante à integração."

8 STF – RE 586.453/SE – Rel.: Min. Dias Toffoli – DJE 06/06/2013.

prescrição poderia afastar a pretensão se a nova demanda fosse endereçada à Justiça do Trabalho.

Outro interessante destaque do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva foi seu apoio à modulação dos efeitos da decisão em prol da segurança jurídica, no sentido de possibilitar ao interessado a cobrança do ex-empregador em relação ao valor dispendido com a recomposição da reserva matemática, que, em alguns casos, é excessivamente onerosa, *verbis*:

> É certo que a recomposição da reserva matemática pelo assistido pode lhe ser muito onerosa, mas, com relação às cotas patronais, poderá reaver o que despender do ex-empregador, se este já não foi condenado pela Justiça do Trabalho a promover tal recolhimento. Como cediço, a empresa empregadora, na condição de patrocinadora, em alguns planos de benefícios, contribui em proporção maior que o empregado (às vezes em valor superior a duas ou três vezes) e a Justiça especializada vem condenando-a continuamente a pagar os valores de custeio como decorrência/reflexo das horas extras reconhecidas.

Ciente que os regulamentos dos planos de previdência complementar, em relação à inclusão das horas extras no salário de contribuição, se dividem entre os que admitem expressamente a inclusão, os que são omissos, mas admitem a inclusão das verbas de natureza salarial/remuneratória, admitindo, ainda que implicitamente, a inclusão das horas extras, e os que as excluem, o STJ exigiu, na modulação, a "previsão regulamentar (expressa ou implícita) e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso".

Por fim, as cotas patronais, vertidas pelo ex-empregador em demanda judicial anterior, aforada perante a na Justiça do Trabalho e transitada em julgado, devem ser entregues ao participante/assistido a título de reparação.

6 Superior Tribunal de Justiça – REsp 1.778.938/SP – Tema 1021

Da mesma forma, o STJ, no julgamento do REsp 1.778.938/SP, fixou a tese insculpida no Tema 1021. Confira-se:

> a) "A concessão do benefício de previdência complementar tem como pressuposto a prévia forma-

> ção de reserva matemática, de forma a evitar o desequilíbrio atuarial dos planos. Em tais condições, quando já concedido o benefício de complementação de aposentadoria por entidade fechada de previdência privada, é inviável a inclusão dos reflexos de quaisquer verbas remuneratórias reconhecidas pela Justiça do Trabalho nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria."
> b) "Os eventuais prejuízos causados ao participante ou ao assistido que não puderam contribuir ao fundo na época apropriada ante o ato ilícito do empregador poderão ser reparados por meio de ação judicial a ser proposta contra a empresa ex-empregadora na Justiça do Trabalho."

A modulação dos efeitos foi feita da seguinte forma:

> c) "Modulação dos efeitos da decisão (art. 927, § 3º, do CPC/2015): nas demandas ajuizadas na Justiça comum até 8/8/2018 (data do julgamento do REsp n. 1.312.736/RS - Tema repetitivo n. 955/STJ) - se ainda for útil ao participante ou assistido, conforme as peculiaridades da causa -, admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias, reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar de que as parcelas de natureza remuneratória devam compor a base de cálculo das contribuições a serem recolhidas e servir de parâmetro para o cômputo da renda mensal inicial do benefício, e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte, a ser vertido pelo participante, de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial em cada caso."
> d) "Nas reclamações trabalhistas em que o ex-empregador tiver sido condenado a recompor a reserva matemática, e sendo inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, os valores correspondentes a tal recomposição devem ser entregues ao participante ou assistido a título de reparação, evitando-se, igualmente, o enriquecimento sem causa da entidade fechada de previdência complementar." (trecho do Acórdão publicado no DJe de 11/12/2020).

7 Tribunal Superior do Trabalho - Recurso de Revista nº 10233-57.2020.5.03.0160

No dia 15/12/2022, o Ministro Hugo Carlos Scheuermann requereu ao Ministro Presidente da SDI-I, do TST, a afetação do RRAg 10233-57.2020.5.03.0160, bem como determinou a suspensão dos recursos de revista e de embargos que versem sobre o tema, até que seja definido o marco inicial e o prazo prescricional das pretensões de indenização das perdas decorrentes da impossibilidade de se incluir, no benefício de complementação de aposentadoria, as parcelas de natureza salarial não reconhecidas como tal pelo empregador, envolvendo os temas repetitivos 955 e 1.021 do STJ. Portanto, o processamento dos referidos recursos está suspenso até decisão final do TST.

No entanto, considerando que a suspensão abrange apenas os recursos de revista e de embargos, os Tribunais Regionais do Trabalho continuam julgando as demandas dessa natureza que lhes são submetidas, gerando entendimentos diversos, mesmo entre os órgãos fracionários integrantes do mesmo tribunal.

8 Jurisprudência

O interessado na indenização material do benefício previdenciário complementar deve estar atento ao exercício judicial da pretensão. Conforme destacado anteriormente, o tema é complexo a ponto de merecer, a nosso ver corretamente, a suspensão dos recursos excepcionais trabalhistas no âmbito do TST, que versem sobre o marco inicial e o prazo prescricional da indenização decorrente da impossibilidade de incluir, no benefício de complementação de aposentadoria, parcelas de natureza salarial não reconhecidas como tal pelo empregador.

Assim, até que a Corte fixe tais questões de forma definitiva, o tema seguirá nebuloso para o jurisdicionado.

Os Temas 955 e 1021 não criaram novos prazos prescricionais, nem fixaram o termo *a quo* da prescrição, mas, apenas, modularam a data a partir da qual a pretensão deveria ser endereçada exclusivamente contra o ex-empregador, e não mais contra o instituto de previdência privada, bem como definiram a competência material exclusiva da Justiça do Trabalho para o processamento da demanda a partir de então.

Paralelamente, em homenagem à segurança jurídica, o STJ admitiu, nas demandas ajuizadas perante a Justiça Comum até 8/8/2018, a inclusão dos reflexos das verbas remuneratórias, re-

conhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria, condicionada à previsão regulamentar de que as parcelas de natureza remuneratória devam compor a base de cálculo das contribuições a serem recolhidas e servir de parâmetro para o cômputo da renda mensal inicial do benefício, e à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas com o aporte, a ser vertido pelo participante, de valor a ser apurado por estudo técnico atuarial.

Portanto, as demandas judiciais aforadas perante a Justiça Comum até 8/8/2018 devem ser regularmente processadas e decididas.

O problema surge quando o ajuizamento se deu após 08/08/2018, pois diversos cenários podem se apresentar.

Tomemos como exemplo a prescrição bienal ou total. Se o ex-empregado estiver aposentado há mais de 2 anos, qual será o destino da demanda? Se o ex-empregado, apesar de aposentado há mais de 2 anos, figurou como substituído em demanda coletiva manejada pelo sindicato da categoria, ele seria legitimado a manejar a demanda contra o ex-empregador? Se, na demanda coletiva noticiada, não constou o pedido de condenação do réu nos recolhimentos ao instituto de previdência complementar relativos às verbas salariais deferidas, ainda assim o ex-empregado poderá acioná-lo judicialmente após o biênio prescricional?

Por outro lado, seria legítimo exigir-se do ex-empregador que respondesse pela indenização material reclamada pelo ex-empregado, mesmo escoado o biênio prescricional? Tal fato não geraria insegurança jurídica? Caso a demanda anterior, seja individual ou coletiva, em que se exija o pagamento de verbas de natureza salarial, a exemplo das horas extras e dos anuênios, ainda não tenha transitado em julgado e sequer iniciado a fase de liquidação, seria razoável exigir-se do ex-empregador que respondesse pela condenação nos danos materiais sem que se tenham os valores da condenação já definidos? Qual seria a base de cálculo da indenização material?

Caso a demanda anterior tenha seu processamento dilatado por muitos anos, ainda assim o ex-empregado poderá, em um futuro distante e incerto, reclamar a indenização material, eternizando as demandas judiciais e desconsiderando os prazos prescricionais fixados tanto na Constituição Federal quanto na CLT? Como ficaria a (in)segurança jurídica? Como ajustar a contabilidade patronal, especialmente o provisionamento, em casos tais?

Caso não conste dos pedidos da demanda anterior a condenação do réu nos recolhimentos ao instituto de previdência complementar relativos às verbas salariais deferidas (reserva matemática), ainda assim haveria interesse processual do ex-empregado no manejo de nova demanda visando à indenização material respectiva?

No julgamento dos Temas 955 e 1021, o próprio STJ considerou que, se ainda for útil ao participante ou assistido, "admite-se a inclusão dos reflexos de verbas remuneratórias, reconhecidas pela Justiça do Trabalho, nos cálculos da renda mensal inicial dos benefícios de complementação de aposentadoria".

Em outra passagem, referente à modulação dos efeitos, o STJ condicionou o manejo da demanda "à recomposição prévia e integral das reservas matemáticas ..."

Caso não tenha havido pedido anteriormente e, consequentemente, condenação do réu a recompor a reserva matemática da complementação de aposentadoria, seria lícito o aforamento da nova demanda? Pode-se concluir, portanto, que é necessária a existência de demanda anterior em que o empregador tenha sido condenado a recompor a reserva matemática?

Em outras palavras, a ausência do pedido, ou seu indeferimento na demanda anterior, fulminaria a majoração do benefício ou a indenização material substitutiva em face da carência de interesse processual em relação à nova demanda?

Vista a questão por outro ângulo, percebe-se que o STJ, apesar de não integrar a Justiça do Trabalho, considerou que os recolhimentos devidos ao instituto de previdência complementar relativos às verbas salariais deferidas são "reflexos de verbas remuneratórias".

Ora, na condição de "reflexos de verbas remuneratórias", a exemplo dos reflexos em férias, 13º salário, repouso semanal remunerado e FGTS, seria correto afirmar que o pedido deveria ter, necessariamente, que constar da demanda anterior? Não deveria fazer parte da liquidação da demanda anterior? Caso não tenha constado, ainda assim haveria interesse processual por parte do ex-empregado, no manejo de nova demanda visando à indenização material?

Insistindo nesse ponto, seria razoável concluir que o autor, ainda que dispensado de requerer os reflexos legais ordinários (férias, 13º, DSR e FGTS), por derivarem da própria norma, também estaria dispensado de requerer, expressamente, o reflexo previdenciário complementar, considerando que o benefício não faz parte do contrato de trabalho?

É possível fixar a data do trânsito em julgado da demanda anterior, que reconheceu o direito às verbas de natureza salarial, como *dies a quo* do prazo prescricional para o manejo da nova demanda, considerando que, naquele momento, o interessado teve ciência inequívoca que as horas extras deferidas enriqueceriam os valores do benefício da aposentadoria complementar?

Ao se aposentar, e passar a receber o benefício previdenciário complementar, o ex-empregado passa a ter ciência da ausência dos reflexos das verbas reconhecidas judicialmente, ou em vias de reconhecimento, objeto da demanda anterior. É possível considerar que esse momento, ou seja, a ciência efetiva da lesão – *actio nata* – deve ser considerado como dies *a quo* do prazo prescricional para o manejo da nova demanda requerendo a reparação material?

8.1 Prescrição bienal considerando o rompimento do contrato de trabalho

Alguns órgãos fracionários destacam que a prescrição a ser observada é a regular bienal, a partir do rompimento do contrato de trabalho. Nesse sentido, os julgamentos a seguir, da lavra de diversas Câmaras do TRT da 15ª Região:

> **Incontroverso nos autos que a reclamante foi dispensada em 11/04/2013, em razão de sua aposentadoria, tendo sido ajuizada a presente ação somente em 21/10/2020, cuja pretensão é o pagamento de "indenização material por perdas e danos materiais em parcela única de valor equivalente à diferença entre o valor do benefício de complementação de aposentadoria que a autora receberia caso consideradas as diferenças salariais deferidas judicialmente e o valor atualmente pago pelo ECONOMUS"**.
> Assim, **o reconhecimento do direito ao pagamento de horas extras e reflexos em outra ação movida por ela em face do banco reclamado (processo n.º 0001670-26.2013.5.15.0018) não tem o condão de afastar a prescrição extintiva decretada pela origem, haja vista que a partir da aposentadoria é que surgiram os prejuízos alegadamente causados pelo referido ato ilícito, na medida em que, com a**

> **aposentadoria a reclamante passou a receber o benefício complementar cujo valor estaria equivocado, tomando ciência da lesão ("actio nata")**.
> **Ressalte-se que o acórdão que fixou a tese de Recurso Repetitivo (tema 955), no julgamento pelo E. STJ, do REsp 1.312.736/RS, também não tem o condão de alterar a regra constitucional relativa à incidência da prescrição bienal (artigo 7º, XXIX, da CF), pois antes desse julgamento não havia óbice ao ajuizamento de ação, na Justiça do Trabalho, contra o empregador postulando os reflexos em regime de previdência privada - que poderia ter sido formulado na própria reclamatória que reconheceu o direito do empregado ao pagamento de verbas com natureza salarial, importante registrar -, ou mesmo a indenização por conta de diferenças a esse título**.
> Nesse sentido, aliás, já decidiu esta 10ª Câmara, em caso análogo, envolvendo o banco reclamado, do que constitui exemplo o acórdão prolatado no processo nº 0011264-94.2020.5.15.0058, sob a relatoria do Exmo. Desembargador Edison dos Santos Pelegrini.
> Mantenho, assim, o decidido, restando prejudicada a análise quanto ao mérito da pretensão formulada. (destacamos)
>
> (TRT15 – ROT 0012008-15.2020.5.15.0018 – 10ª Câmara)

No mesmo sentido, o aresto da 7ª Câmara do TRT da 15ª Região, na oportunidade do julgamento do RORSum 0010804-41.2021.5.15.0004, quando o Regional aplicou a prescrição bienal regular a partir do rompimento do contrato de trabalho. Com base nesse parâmetro, considerou prescrita a pretensão em face do decurso do prazo prescricional de dois anos para o ajuizamento da nova demanda, cujo objeto era o pagamento da indenização material por perdas e danos em face da diferença a menor do benefício de complementação de aposentadoria que a autora faria jus se consideradas as diferenças salariais deferidas judicialmente na demanda anterior, e, da mesma forma que o acórdão anterior, destacou que o prazo prescricional não foi renovado com a decisão do STJ.

O Regional gizou, ainda, que nem o reconhecimento do direito ao pagamento das verbas de natureza salarial em outra demanda, nem o julgamento do STJ em sede de recurso repetitivo tinham o condão de afastar a prescrição extintiva, pois a *actio nata* surgiu com a aposentadoria da autora, quando teve ciência efetiva da lesão, comprovada pelo recebimento a menor do benefício complementar.

De fato, antes do julgamento da questão pelo STJ, não havia qualquer óbice a inibir o aforamento da ação, na Justiça do Trabalho, contra o empregador, postulando os reflexos devidos à entidade de previdência privada, o que, aliás, poderia (deveria!) ter sido feito na própria ação trabalhista anterior, considerando a necessidade do respeito à reserva matemática, o equilíbrio atuarial e a previsão estatutária de inclusão da verba na base de cálculo do benefício.

Destoando do entendimento supra, a 2ª Câmara do TRT da 15ª Região acolhe a prescrição bienal, porém, contada a partir do trânsito em julgado da demanda que reconheceu ser devida a parcela salarial que deveria compor o salário de contribuição (ROT 0010605-59.2021.5.15.0120), com base em recente entendimento do TST, estampado no RR 654-40.2020.5.10.0015, 8ª Turma, Rel.ª: Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, publicação: 11/04/2022, onde restou consignado que o interesse de agir não surgiu no julgamento do Tema 955 pelo STJ, mas com o trânsito em julgado da demanda trabalhista anterior, que reconheceu o direito às horas extras pleiteadas, quando a autora teve ciência que as horas extras deferidas implicariam alteração dos valores do benefício da aposentadoria complementar.[9]

8.2 Prescrição bienal considerando a data do julgamento/ publicação do acórdão proferido no Recurso Especial 1.312.736/RS

Outras Câmaras do TRT da 15ª Região também adotam a prescrição bienal, porém, a partir do julgamento (08/08/2018) ou da publicação (16/08/2018) do acórdão proferido pelo STJ, quando os efeitos jurídicos da tese firmada passaram a ter eficácia, à luz do art. 1.040 do CPC, a saber:

[9] No mesmo sentido: TST – AIRR 130-46.2021.5.13.0008 – 6ª Turma – Rel.: Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho – publicação: 03/12/2021.

> **Sob o aspecto do princípio da *actio nata* invocado pela autora, o RES 1.312.736/RS foi julgado pelo E. STJ em 08/08/2018, com publicação em 16/08/2018 e a presente ação foi proposta em 16/12/2020, de modo que há a incidência da prescrição total, como decidido pela origem** (destacamos)
> (TRT15 – RORSum **0011981-63.2020.5.15.0137** – 5ª Câmara)
>
> Desse modo, considerando-se que o contrato de trabalho encerrou-se em razão da aposentadoria e que o direito ao cômputo das horas extras na base de cálculo das contribuições da reclamante transitou em julgado em 5/6/2013, deve ser observado o prazo prescricional de 02 anos, contado da publicação do acórdão que fixou a tese de Recurso Repetitivo (tema 955), **publicação essa ocorrida em 16/08/2018** (julgamento pelo E. STJ, do REsp 1.312.736/RS), pois é a partir dessa publicação que todos os efeitos jurídicos da tese são deflagrados, haja vista o disposto no **artigo 1040 do CPC**. (destaques constantes do original)
> (TRT15 – RORSum 0010525-38.2021.5.15.0139 – 4ª Câmara)
>
> **Desta forma, como o decidido pelo STJ quanto ao Tema 955 foi publicado em 16/08/2018 e tendo o autor tão somente proposto a presente ação em 17/06/2021, não houve observância quanto ao prazo prescricional de 2 anos, previsto no art. 7º, XXIX, da CF**.
> [...]
> Por todo exposto, mantenho a prescrição total declarada pela origem, ainda que por outros fundamentos. (destacamos)
> (TRT15 – RORSum **0010586-81.2021.5.15.0046** – 5ª Câmara**)**

No mesmo sentido, os seguintes julgamentos oriundos da 7ª Câmara do TRT da 15ª Região: ROT 0011116-33.2021.5.15.0128 e ROT 0010181-83.2021.5.15.0001.

8.3 Prescrição considerando a data do trânsito em julgado do Recurso Especial repetitivo 1.312.736/RS

Ainda no âmbito do TRT da 15ª Região, algumas Câmaras adotam o trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STJ no julgamento do REsp 1.312.736/RS como *dies a quo* da contagem do prazo prescricional. Vejamos:

> Nesse contexto, é certo que **a *actio nata*, no caso concreto, fixa-se por ocasião do trânsito em julgado da decisão do E. STJ no REsp 1.312.736/RS**, até porque, apesar de reconhecidos direitos trabalhistas da reclamante sobre os quais não foram efetuados recolhimentos à PREVI durante a relação de emprego (Processo 0160200-95.2009.5.15.0042, transitado em julgado em 21/02/2014), foi somente com a decisão do STJ que ficou resolvida "a questão relativa ao foro competente e ao legitimado passivo a responder pelas diferenças devidas" (fundamentos da Juíza Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues, em caso idêntico, julgado por unanimidade pela 11ª Câmara deste Regional em 16/04/2021). Considerando que o acórdão do STJ acima mencionado transitou em julgado 28/03/2019 e a presente ação foi ajuizada pouco mais de um ano depois, em 07/08/2020, não há falar em prescrição da pretensão de indenização formulada nestes autos. (destacamos)
> (TRT15 – ROT **0011029-03.2020.5.15.0067** – 9ª Câmara)
>
> **9. Prescrição: bienal, trienal e total**
>
> Insiste o reclamado no reconhecimento da prescrição bienal, trienal e total, esta última com fundamento na Súmula 294, C. TST.
> A sentença assim enfrentou a questão:
>
> > *A reclamada argui prescrição bienal, trienal e quinquenal quanto às parcelas pretendidas.*
> > *Não lhe assiste razão, contudo, uma vez que, considerada a data de trânsito em julgado do RESP 1.312.736 (26/03/2019) como marco inicial do surgimento do direito, não se encontra prescrita a pretensão. Incide, da mesma forma, a prescrição trabalhista, bienal e quinquenal, observada a teoria conforme actio nata, exposto. Rejeito neste ponto.*

> *Nos termos do art. 7º, XXIX da CF, contudo, declaro a prescrição das pretensões anteriores à 21/10/2015, julgando-as extintas com resolução de mérito, nos termos do art. 487 do CPC, com exceção das pretensões declaratórias.*
> [...]

Assim, mantenho a prescrição quinquenal definida na origem.

(TRT15 – ROT 0012011-67.2020.5.15.0018 – 7ª Câmara)

Nesse contexto, há se registrar que o **termo *a quo* da contagem do prazo prescricional no presente caso <u>não fica vinculado à data da extinção do contrato de trabalho</u>,** porquanto inadmissível exigir da parte o ajuizamento precoce da ação, ou seja, dentro do biênio posterior à jubilação, quando há dúvida acerca da lesão ao direito.

E, no caso vertente, entendo que a *actio nata* sequer se verificou, considerando que a sentença que reconheceu o direito da reclamante a horas extras (aí incluído o intervalo do art. 384 da CLT) e intervalo intrajornada (vide sentença cognitiva às fls. 62/74 dos autos e V. Acórdão às fls. 80/113), e na qual a reclamante se baseia para postular indenização por danos materiais com fulcro no julgamento do STJ, sequer transitou em julgado, tanto que a reclamante formulou pedido de suspensão do feito justamente por tal motivo.

Assim, muito embora o contrato tenha sido extinto em 19/12/2016, entendo que o ajuizamento da ação em 22/10/2020 não extrapola o prazo ditado ao exercício do direito previsto no art. 7º, XXIX, da CF/88, bem como no art. 11 da CLT, impondo afastar a prescrição bienal declarada na origem.

Incide, contudo, a prescrição quinquenal das pretensões patrimoniais anteriores a 22/10/2015, na forma do art. 7º, XXIX, da CF/88. (destaques constantes do original)

(TRT15 – ROT **0011389-10.2020.5.15.0043** – 6ª Câmara**)**

8.4 Prescrição considerando a data do trânsito em julgado da demanda anterior, proposta contra o ex-empregador

Outros órgãos fracionários entendem que a pretensão surge com o trânsito em julgado da decisão trabalhista proferida no processo anterior, onde se requereu a condenação do réu nas verbas de natureza salarial que, supostamente, poderiam enriquecer o valor da complementação de aposentadoria. Seguem alguns exemplos da lavra do TRT da 15ª Região:

> Assim, **no presente caso, o direito do autor para requerer a indenização pela não consideração das horas extras na reserva matemática do seu benefício previdenciário, somente surgiu com o trânsito em julgado da sentença trabalhista proferida no processo nº0010045-83.2017.5.15.0015, em março de 2021 e, tendo proposto a presente ação em 28-09-20, não há prescrição a ser pronunciada**. (destacamos)
> Nego provimento.
>
> (TRT15 – ROT 0011770-16.2020.5.15.0076 – 9ª Câmara)

No aresto citado, a 9ª Câmara do TRT da 15ª Região destacou que o rompimento do contrato de trabalho não poderia fulminar a pretensão, pois a indenização pretendida, das diferenças entre o valor do benefício de complementação de aposentadoria pago pelo instituto de previdência complementar e o que deveria sê-lo se fossem considerados os reflexos das verbas deferidas judicialmente, não havia quando da rescisão, uma vez que dependia de outro processo.

Quando da rescisão do contrato de trabalho, o ex-empregador, por não ter pago as verbas devidas, inviabilizou o manejo da ação indenizatória pela não constituição da reserva matemática, por não ter sequer interesse processual, por desconhecer o próprio direito que embasaria o pedido. Raciocínio inverso faria com que o ex-empregador se beneficiasse da própria omissão.

Por fim, destacou a Câmara que não apenas o direito à indenização era controvertido, mas também a competência material para o julgamento das demandas, o que se resolveu com a fixação do Tema 955 pelo STJ, concluindo-se que não se poderia

exigir do ex-empregado que, já na primeira ação, postulasse o direito ora perseguido.

> Segundo entendimento atual e pacífico desta Douta Câmara, considerando os prazos prescricionais aplicáveis na hipótese (art. 7º, XXIX da CRFB e art. 11 da CLT), **a *actio nata* ocorre com a violação do próprio direito (art. 189 do Código Civil)**, de modo que **o lapso temporal tem início com a ciência, pela parte lesada, de que as parcelas de natureza salarial obtidas em ação judicial, ou seja, a partir do trânsito em julgado da primeira ação**, tal como decidiu a origem. (destacamos)
>
> (TRT15 – ROT 0010709-61.2022.5.15.0073 – 2ª Câmara)
>
> Considerado o princípio da "actio nata", adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, a pretensão indenizatória somente nascerá com a violação ao direito (artigo 186, CCB), ou seja, no momento em que se constata o ilícito e se origina o dano.
> [...]
> **Desse modo e tendo em vista que sequer houve o trânsito em julgado nos autos do processo nº 0010141-72.2017.5.15.0153, no qual deferidas as horas extras e reflexos, não há prescrição total a ser decretada.**
> Rejeito. (destacamos)
>
> (TRT15 – ROT 0010835-66.2021.5.15.0067 – 8ª Câmara)

8.5 Prescrição considerando a data do recebimento do primeiro benefício previdenciário

Alguns julgamentos consideram que o recebimento da complementação de aposentadoria fixa o *dies a quo* da contagem do prazo prescricional.

Nesse sentido, o aresto prolatado pela 10ª Câmara do TRT da 15ª Região, onde restou consignado que o autor somente percebeu o prejuízo decorrente da não integração da verba "... por ocasião do percebimento da complementação da aposentadoria, em 14/3/2017, tendo ajuizado a presente ação tão somen-

te em 17/6/2021, quando já transcorrido o biênio legal, conforme dispõe o artigo 7º, XXIX, da CF". (ROT 0010878-98.2021.5.15.0003)

8.6 Necessidade do requerimento de recomposição da reserva matemática na demanda anterior

Por fim, há, ainda, decisões vinculando a existência de demanda anterior em que o ex-empregador tenha sido condenado a recompor a "reserva matemática"[10] para viabilizar a procedência do pedido de indenização por danos materiais, ou seja, somente na hipótese de se tornar inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar, sob pena de indeferimento da petição inicial e extinção do processo, sem julgamento do mérito, em face da ausência de interesse de agir (falta do interesse processual). Nesse sentido:

> Ora, como já exposto, o item IV ("d"), da Tese do Recurso Especial Repetitivo nº 1.312.736/RS, **torna nítida a necessidade da existência de uma reclamação trabalhista em que o ex-empregador tenha sido condenado a recompor a reserva matemática, havendo autorização de pedido de indenização por danos materiais somente na hipótese de se tornar inviável a revisão da renda mensal inicial da aposentadoria complementar**.
> [...]
> Conforme já esposado, o reclamante na presente demanda não postulou o reconhecimento do direito da existência da diferença em sua comple-

[10] "Representa a diferença, em valores atuais, entre os compromissos futuros da PREVI - benefícios futuros - e os compromissos futuros do participante e da patrocinadora - contribuições futuras -, todos avaliados à mesma época e considerando os dados dos participantes e um conjunto de hipóteses atuariais. Essas hipóteses atuariais são um conjunto de premissas com vistas a estimar os benefícios e contribuições futuras do plano de benefícios, considerando fatores econômicos (taxa de juros, crescimento salarial, reajuste dos benefícios do plano etc), fatores biométricos (mortalidade de ativos, mortalidade de inválidos, entrada em invalidez etc.) e outros fatores (composição do grupo familiar,limitações legais etc). As hipóteses atuariais devem ser periodicamente analisadas para ajustá-las, se necessário, à realidade das ocorrências." Portal Previ – perguntas frequentes, [s.d.]. Disponível em: <https://www.previ.com.br/portal-previ/fale-conosco/perguntas-frequentes/?id=2C9FBE6170C9ABDE0171675194F7316D>. Acesso em: 3 de set. de 2023.

> mentação de aposentadoria, pela não inclusão das parcelas deferidas no processo n. 0010892-16.2013.5.15.0051 nos cálculos dos proventos.
> Necessário o reconhecimento de tal direito para que seja autorizado o pedido de indenização substitutiva.
> Por conseguinte, não deferido e postulado o principal, ou seja, diferenças de complementação de aposentadoria, não há como deferir a indenização substitutiva pleiteada, restando evidente a ausência de interesse processual pela inadequação da via eleita. (destacamos)
> (TRT15 – ROT **0011548-78.2020.5.15.0066** – 1ª Câmara**)**[11]

Conclusão

A complementação de aposentadoria é um tema que interessa a toda a sociedade, pois, como o próprio nome diz, ela complementa o valor da aposentadoria que o beneficiário percebe do RGPS, trazendo mais conforto aos que se retiraram da vida laboral e, agora, podem usufruir no merecido descanso depois de anos de trabalho.

Por se tratar de um benefício perene, quanto maior o seu valor, maior será o poder aquisitivo do aposentado, daí o interesse em fazer com que o benefício seja o maior possível, e uma das formas de enriquecê-lo é fazer com que os reflexos das demandas trabalhistas, as quais imponham condenações de verbas salariais ao empregador, sejam repassados aos institutos de previdência privada.

Ocorre que, a depender da circunstância, a revisão do benefício junto ao instituto de previdência privada não seja mais possível, considerando as diversas alterações jurisprudenciais que o tema tem sofrido há mais de uma década, especialmente no que diz respeito à competência material para o processamento.

A última alteração, promovida pelo STJ, poupou os institutos de previdência complementar de novas condenações, ao definir que as demandas, a partir de 2018, passem a ser propostas perante a Justiça do Trabalho e apenas em desfavor do ex-empregador.

---

[11] No mesmo sentido, os seguintes arestos oriundos do TRT da 15ª Região: ROT 0011293-04.2020.5.15.0137 – 3ª Câmara; ROT 0011406-12.2019.5.15.0001 3ª Câmara; ROT 0011107-18.2019.5.15.0136 – 3ª Câmara; e ROT 0011350-86.2020.5.15.0051 – 11ª Câmara.

Porém, o tema ainda não foi totalmente pacificado, pois restam algumas questões a serem definidas pelo TST, especialmente acerca do marco inicial e do prazo prescricional aplicáveis à hipótese.

Seja como for, o mais importante para toda a coletividade é que seja assegurada a segurança jurídica em um tema tão caro aos brasileiros. É o que se espera!

Referências

Breve histórico. **Instituto Nacional do Seguro Social - INSS**. Disponível em: < https://www.gov.br/inss/pt-br/acesso-a-informacao/institucional/breve-historico>. Acesso em: 16 de ago. de 2023

BRASIL. CNJ Serviço: **Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 27 de ago. de 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 955**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema 1021**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp>. Acesso em: 9 de set. de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.312.736/RS**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?&l=10&i=1&tt=T>. Acesso em: 9 de set. de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 586.453/SE**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2616941>. Acesso em: 11 de set. de 2023.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial 18 – Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#void>. Acesso em: 11 de set. de 2023.

Conheça a Previ. **Previ - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil**. Disponível em: <https://www.previ.com.br/portal-previ/a-previ/conheca-a-previ/>. Acesso em: 16 de ago. de 2023.

Portal Previ – perguntas frequentes. **Previ - Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil**. Disponível em: <https://www.previ.com.br/portal-previ/fale-conosco/perguntas-frequentes/?id=2C9FBE6170C9ABDE0171675194F7316D>. Acesso em: 3 de set. de 2023.

Primeira lei da Previdência, de 1923, permitia aposentadoria aos 50 anos. **Agência Senado**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noti-

cias/especiais/arquivo-s/primeira-lei-da-previdencia-de-1923-permitia-aposentadoria-aos-50-anos>. Acesso em: 16 de ago. de 2023

O princípio da vedação do retrocesso social e sua aplicação envolvendo o direito à moradia: lições jurídicas que se extraem do extinto Programa Casa Verde e Amarela

Luis Antônio Gonçalves Pires
Advogado da Caixa no Rio de Janeiro
Mestre em Direito pela UNESA
Pós-graduado em Direito Fiscal pela PUC-RJ
Pós-graduado em Advocacia Pública pela UERJ
Pós-graduando em Direito Imobiliário pela UERJ

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo examinar os aspectos teóricos e práticos do princípio da vedação do retrocesso social envolvendo o direito à moradia. Para isso, o recorte analítico se concentra na revogação da Lei nº 11.977, de 07 de julho de 2009, operada pela Lei nº 14.118, de 12 de janeiro de 2021. Nesse sentido, busca-se averiguar a compatibilidade da Lei nº 14.118, que, durante o governo Bolsonaro, instituiu o Programa Casa Verde e Amarela, com o ordenamento jurídico brasileiro, à luz do princípio da proibição do retrocesso social. Ao revogar o Programa Minha Casa Minha Vida, até então disciplinado pela Lei nº 11.977, constata-se que a Lei nº 14.118 suprimiu a sistemática da faixa 1, sem criar, todavia, política pública compensatória ou equivalente. A revogação operada pela Lei nº 14.118, naquela ocasião, teria resultado na violação do núcleo essencial do direito constitucional à moradia, anteriormente regulamentado pela Lei nº 11.977, reabrindo uma omissão inconstitucional.

Palavras-chave: Vedação de retrocesso social. Direito à moradia. Minha Casa Minha Vida. Casa Verde e Amarela.

ABSTRACT

The present study seeks to examine the theoretical and practical aspects of the non-retrogression principle involving the right to housing. For this, the analytical cut

focuses on the repeal of law 11.977, of July 7, 2009, operated by law 14.118, of January 12, 2021. In this sense, we seek to verify the compatibility of law 14.118, which during the Bolsonaro government instituted the Green and Yellow House program, with the Brazilian legal system, from the perspective of the non-retrogression principle. By revoking the My home, my life program, until then disciplined by Law 11.977, the Law 14.118 suppressed the system of group 1, without creating a compensatory public policy or equivalent. The repeal operated by Law 14.118 would have resulted in the violation of the essential core of the constitutional right to housing, previously regulated by Law 11.977, reopening an unconstitutional omission.

Keywords: Non-retrogression principle. Right to housing. My home, my life. Green and Yellow House.

Introdução

A formação descontrolada de múltiplos aglomerados precários e a falta de moradia digna contribuem para a formação de sérios problemas estruturais urbanos, violam direitos fundamentais e produzem consequências deletérias para a economia citadina e à paz social.

Em estudo publicado pela Fundação João Pinheiro em 2021, em parceria com o Ministério do Desenvolvimento Nacional, identificou-se que, entre os anos de 2016 e 2019, o déficit habitacional no país girou em torno de 5,876 milhões de moradias, dos quais 5,044 milhões estariam concentrados em área urbana e 832 mil, em área rural.

A Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (2019) projeta um déficit habitacional na monta de 11,4 milhões de unidades até 2030, sendo 65% desse total composto por famílias com renda mensal de até três salários mínimos.

Os dados oficiais traduzem uma carência de políticas públicas voltadas a combater, de forma eficaz, o problema do déficit de moradias no Brasil, que segue anualmente tendência de crescimento.

Além do problema da falta de habitação, o Brasil é marcado ainda por uma profunda desigualdade social, somada a uma omissão estatal secular, contexto esse que possibilitou, de acordo com pesquisa divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2020, a formação de 13.151 aglomerados subnormais, popularmente conhecidos como favelas ou comunidades, onde moram, atualmente, mais de 17 milhões de

pessoas, concentradas em 5.127.747 domicílios irregulares, ou seja, 7,8% do total nacional.

O Minha Casa Minha Vida (MCMV) foi lançado, pela primeira vez no país, por intermédio da Medida Provisória nº 459, de 25 de março de 2009, posteriormente convertida na Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

A exposição de motivos interministerial 33, vinculada à Medida Provisória nº 459, assevera que o maior percentual do déficit de moradias no Brasil é composto justamente pela população de baixa renda, a qual possui dificuldades, dos mais variados matizes, para obter financiamento habitacional no mercado.

Esse pressuposto que embasou a formatação do programa MCMV ainda permanece vigente nos dias de hoje. Segundo estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário em 2021, 42,5% da população brasileira, que aufere renda mensal de até R$ 2.862,00, não são elegíveis a nenhuma forma de financiamento habitacional que não seja subsidiada pelo Estado.

Na contramão das necessidades impostas pela realidade, a Lei nº 14.118, de 12 de janeiro de 2021, oriunda da Medida Provisória nº 996, de 25 de agosto de 2020, a qual instituiu o programa Casa Verde e Amarela (CVA), ao revogar o Minha Casa Minha Vida, disciplinado pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, restou por suprimir a sistemática da faixa 1, segmento que se dirigia à população de baixa renda, e que, efetivamente, buscava a redução da crise habitacional brasileira.

O MCMV, regulamentado pela Lei nº 11.977/2009, dividia os beneficiários do programa federal de habitação em quatro segmentos, de acordo com a renda mensal familiar: faixa 1, faixa "1,5", faixa 2 e faixa 3.

Na faixa 1, o Estado subsidiava quase que integralmente a moradia para as famílias de renda mais baixa, sem incidência de juros e, por outro lado, financiava a aquisição de imóveis para as famílias com renda maior (faixas "1,5", 2 e 3), mediante taxas de juros menores que as cobradas pelo mercado.

A Lei nº 14.118/2021 (CVA), editada durante o governo Bolsonaro, promoveu a supressão de todo um microssistema da habitação social (faixa 1), que era voltado para a população de baixa renda, deixando em seu lugar um vazio normativo.

Com isso, o retrocesso que se opera na hipótese ocorreu a partir da publicação da Lei nº 14.118/2021 (CVA), disciplinada por um conjunto de normas infralegais, que, por sua vez, revogou não apenas a Lei nº 11.977/2009, mas todos os atos jurídi-

cos que a regulamentavam. Há, portanto, uma revogação normativa de forma ampla.

Assim, o presente estudo tem por objetivo promover uma análise crítica da Lei nº 14.118/2021 (CVA), à luz do princípio da vedação do retrocesso social, buscando verificar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Em 14 de fevereiro de 2023, o programa MCMV foi recriado, por meio da Medida Provisória nº 1.162, restabelecendo a faixa 1, ao revogar a Lei nº 14.118/2021 (CVA), para abarcar, via orçamento público, as famílias que possuem renda mensal de até R$ 2.640,00, ou seja, que recebem próximo de dois salários mínimos. Posteriormente, a Medida Provisória nº 1.162 foi convertida na Lei nº 14.620, de 13 de julho de 2023.

Contudo, o recorte analítico da pesquisa se concentra exclusivamente na revogação da Lei nº 11.977 (MCMV), operada pela Lei nº 14.118 (CVA), cuja dinâmica sucessória envolve a aplicação prática do princípio da vedação do retrocesso social em matéria de política habitacional.

A garantia de acesso à habitação, especialmente para a população de baixa renda, vincula-se à dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, além de constituir um dos objetivos fundamentais da República brasileira, de acordo com o artigo 3º, inciso III, da Constituição de 1988.

Em linhas gerais, a vedação do retrocesso social tem por finalidade assegurar conquistas sociais, afastando medidas estatais que gerem um considerável esvaziamento ou paralisação de avanços sociais.

A violação à proibição do retrocesso social conduz à inconstitucionalidade de medida legislativa que, não prevendo alternativa compensatória equivalente, revoga lei que concretiza dispositivo constitucional dependente de regulamentação.

Por fim, a pesquisa se baseia no procedimento de revisão bibliográfica e da técnica de análise documental, valendo-se do exame de acervo normativo e jurisprudencial nacional, adotando, ainda, como referencial metodológico o construtivismo lógico-semântico, de modo a erigir o objeto de estudo de forma progressiva, concatenada e lógica.

1 A moradia como direito fundamental social

A moradia consiste em uma necessidade básica do ser humano e pode ser definida como um espaço físico dotado de dimensões adequadas, segurança estrutural, conforto e higiene,

possibilitando, com isso, o bem-estar de seus ocupantes (AINA, 2020, p. 84).

Compreende o "lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para alimentar-se, descansar e perpetuar a espécie" (NOLASCO, 2008, p. 87).

Marco Aurélio Bezerra de Melo (2017, p. 70) define a moradia como "mínimo direito que uma pessoa deve exercer para subsistir dignamente por intermédio de um local privado para o exercício das faculdades de comunhão com a família, procriação, repouso, prazer, segurança, higiene, lazer, dentre outras".

No plano internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi o primeiro documento a reconhecer a habitação como direito humano[1].

Posteriormente, foram editados pactos internacionais ampliando as hipóteses de proteção do direito à moradia, como é o caso da Convenção Internacional sobre o Estatuto dos Refugiados (1951); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Sua Família (1990).

O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, por meio dos Comentários Gerais nº 4, confere uma interpretação ampliativa com relação ao conceito de direito à moradia prevista no item 11.1 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Dessa forma, a moradia adequada não pode ser interpretada de modo restritivo, ou seja, não pode ser compreendida como "abrigo provido meramente de um teto sobre a cabeça dos indivíduos ou [...] exclusivamente como uma mercadoria" (ONU, 1991, p. 111).

---

[1] A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, e ratificada pelo Brasil nessa mesma data. Ver **Artigo 25.**1: "Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle".

A Constituição de 1988, em seu artigo 6º *caput*, prevê a moradia como um direito social[2], cujo capítulo ("Dos Direitos Sociais") integra o Título I ("Dos Direitos e Garantias Fundamentais"). Daí dizer que o termo direitos sociais é sinônimo de "direitos fundamentais sociais", o que significa que, em certas circunstâncias, podem ser reivindicados diretamente com base no próprio texto constitucional, não sendo garantidos "apenas em nível de lei ordinária" (KRELL, 2009, p. 249).

Alexandre de Morais (2017, p. 164) conceitua direitos sociais como "direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes".

A importância da noção de direitos sociais como fundamentais diz respeito às consequências jurídicas previstas na Constituição de 1988, como a aplicabilidade imediata e direta da norma ao caso concreto[3] – afastando a necessidade de edição de lei para produção de efeitos –, bem como por garantir proteção reforçada ao qualificá-la como cláusula pétrea[4].

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB, em seu respectivo artigo 5º, parágrafo primeiro, dispõe: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o artigo 5º, parágrafo primeiro, da CRFB, gera uma presunção em favor da aplicabilidade imediata, de modo que todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, são presumidamente aplicáveis de imediato (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2018, p. 548).

O artigo 23, inciso IX, da Constituição Brasileira de 1988, dispõe que é de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios **"**promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico**"**.

Ademais, "a habitação satisfatória consiste em pressuposto para a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da

---

2 O direito à moradia foi inserido no *caput* do artigo 6º pela emenda constitucional 26, de 14 de fevereiro de 2000.

3 Ver Constituição da República Federativa do Brasil: "Art. 5º. Parágrafo Primeiro. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

4 Ver Constituição da República Federativa do Brasil: "Art. 60, Parágrafo Quarto, IV. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais".

República Federativa do Brasil" (GOMES; MORAES, 2010, p. 44), além de constituir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (ver artigo 3º, III da CRFB): "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Conquanto a Constituição Brasileira de 1988 inclua a moradia no capítulo dos direitos sociais, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 243) sustenta que há direitos sociais que, "tocados pelos interesses fundamentais, se metamorfoseiam em direitos fundamentais sociais ou mínimo existencial".

Nessa esteira, para Torres, o direito de moradia aos indigentes e às pessoas sem teto seria direito fundamental (2009, p. 277), fato que tornaria obrigatória a prestação pelo poder público, porquanto integrante do chamado mínimo existencial do indivíduo[5].

O direito à moradia, para a população extremamente pobre compõe o mínimo existencial e confere ao seu titular direito subjetivo público (TORRES, 2009, p. 20-21)[6]. O mínimo existencial se refere ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Não se trata de um princípio, nem de um valor, mas de verdadeira regra jurídica, logo, aplicável pela técnica da subsunção (TORRES, 2009, p. 83-84).

O aludido direito compõe o núcleo essencial dos direitos fundamentais, no que diz respeito às famílias sem-teto e indigentes, uma vez que se limita ao básico para a sobrevivência digna do ser humano (TORRES, 2009, p. 268).

Assim, para Torres, são considerados direitos fundamentais "apenas os direitos de liberdade e os direitos sociais a prestações incluídas no mínimo existencial" (DERBLI, 2007, p. 117).

Em Robert Alexy, os direitos fundamentais sociais podem ser considerados direitos à prestação em sentido estrito (ALEXY, 2014, p. 499).

---

5 Para Ricardo Lobo Torres, "os direitos que compõem positivamente o mínimo existencial: direito à seguridade social, direito à educação, direito à moradia e direito à assistência jurídica" (2009, p. 244).

6 Torres (2009, p. 20-21) pontua: "Deve-se distinguir entre a pobreza absoluta (ou miséria) e a pobreza relativa, ao fito de determinar as consequências jurídicas ligadas a cada qual, eis que a pobreza absoluta desafia o *status positivus libertatis*, gerando obrigatoriedade de prestação pública por parte do Estado e constituindo direito público subjetivo para o cidadão, enquanto a pobreza relativa carece da *interpositio legislatoris* na alocação de verbas necessárias à entrega de prestações vinculadas aos direitos sociais".

Nessa linha, a moradia é exemplo de direito à prestação em sentido estrito, por sua vez, considerado direito fundamental social. Alexy destaca duas teses como ponto de partida na defesa dos direitos fundamentais sociais.

A primeira, defende que a liberdade jurídica só possui valor se necessariamente acompanhada da liberdade fática ou real.

A liberdade jurídica é a "permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo" (ALEXY, 2014, p. 503).

Em contrapartida, a liberdade fática é aquela que possibilita o desenvolvimento de um ambiente voltado para o exercício da autodeterminação do indivíduo (ALEXY, 2014, p. 504), ou seja, a liberdade é real apenas para aqueles que possuem condições materiais para exercê-la.

A liberdade fática ou real aponta para a necessidade de que o indivíduo não viva abaixo do mínimo existencial. Do contrário, a eliminação das condições fáticas que limitam o acesso do indivíduo ao mínimo existencial será mais importante do que a própria liberdade jurídica.

A segunda tese preconiza que a liberdade daqueles desprovidos de meios depende do auxílio estatal, sem o qual ficariam impossibilitados de usufruírem das liberdades jurídicas (ALEXY, 2014: 504). Nesse contexto, os direitos fundamentais devem tutelar concomitantemente a liberdade jurídica e o exercício da liberdade fática (ALEXY, 2014, p. 505-506).

Alexy (2014, p. 511-519) supera o campo teórico e avança para um projeto que garanta a implementação de direitos mínimos aos indivíduos, propondo um modelo de direitos fundamentais sociais, recorrendo à teoria dos princípios[7]. Desta forma, um direito será considerado definitivo, e, portanto, passível de ser exigido do poder público, quando a liberdade fática tiver um peso maior que os princípios formais e materiais com os quais colide (ALEXY, 2014, p. 517). Desse resultado, os direitos mínimos (definitivos) são direitos subjetivos públicos, logo, judicialmente exigíveis.

---

[7] Em apertada síntese, Alexy desenvolve sua teoria dos direitos fundamentais a partir da tipologia da "norma jurídica", da qual resultam duas espécies: regras e princípios. Os princípios são "mandados de otimização", ou seja, assim como as regras, proíbem ou permitem comportamentos humanos. Os direitos fundamentais possuem caráter de princípios, situação a potencializar colisões. Os conflitos entre princípios de direitos fundamentais são resolvidos por meio do método da ponderação, cuja aplicação se dá com base no critério da proporcionalidade (ALEXY, 2019, p. 50).

Com base na teoria dos direitos fundamentais de Alexy, o Estado deve garantir direitos básicos aos indivíduos, a partir da proteção das suas liberdades fáticas, sem as quais as liberdades jurídicas ficam destituídas de valor e a sua dignidade é violada.

Na obra *O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Luiz Edson Fachin (2001, p. 1) sustenta a tese de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa e que se ancora no princípio da dignidade humana. Ao buscar possibilitar uma vida digna para o indivíduo, o patrimônio mínimo deve ser objeto de tutela especial.

Fachin propõe a edificação de um sistema jurídico centrado na pessoa e nos seus respectivos valores personalíssimos, o qual propicie, doravante, a manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência humana.

A Constituição, antes garantista de liberdades formais, converte-se na Constituição dirigente, agora vocacionada para a promoção da justiça social. O artigo 170 da Constituição de 1988 "adota, precisamente, como princípio estruturante da atividade econômica a justiça social, que por sua vez matiza os princípios específicos decorrentes, em especial os da redução das desigualdades sociais e regionais e da proteção do consumidor" (FACHIN, 2001, p. 182).

Em suma, para Fachin, o patrimônio mínimo se traduz em um conjunto de bens materiais e imateriais indispensáveis para que um indivíduo possa viver com dignidade, podendo ser incluído aí o direito à moradia.

Feitas as considerações supra, e avançando na exposição, é possível apregoar que o direito à moradia, previsto no artigo 6º da Constituição de 1988, depende, em um primeiro momento, de regulamentação para ser concretizado.

A intervenção legislativa, na espécie, se revela extremamente importante, haja vista que a implementação do direito à moradia, na sua acepção macro, demanda uma complexa gama de operações, além de exigir o emprego de dinheiro público em montante expressivo.

No julgamento do recurso extraordinário 684.612, com repercussão geral (Tema 698), o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou regras na hipótese de decisões judiciais que envolvam políticas públicas voltadas à realização de direitos fundamentais.

Levando em consideração o princípio da separação dos poderes, o STF estabeleceu que o Poder Judiciário deve fixar "como regra, em lugar de determinar medidas pontuais, deve apontar as finalidades a serem alcançadas e determinar à Administração

Pública que apresente um plano e/ou os meios adequados para alcançar o resultado" [8].

Com isso, não seria viável, em uma primeira etapa, se basear diretamente no artigo 6º da CRFB para buscar, pela via judicial, compelir o Estado a fornecer moradia. A função jurisdicional deve ser exercida de forma prudente e responsável, orientada por uma autocontenção (*judicial self restraint*), que impeça o exercício de um ativismo desmesurado e abusivo (SARLET; FIGUEIREDO, 2010, p. 35-36).

Todavia, uma vez regulamentado o direito à moradia, em especial para a população de baixa renda, haveria, em matéria de direito subjetivo, o acréscimo de *status* negativo na presente hipótese, a impor restrições jurídicas ao Estado.

Por outro enfoque, ante o surgimento de restrições jurídicas ao poder público, a partir da regulamentação do direito à moradia, não se revela coerente com o ordenamento constitucional a possibilidade de sua revogação de forma abrupta, sem que se oferte uma contrapartida.

Em conclusão, a regulamentação do direito à moradia, compreendido enquanto direito fundamental social, engendraria uma cláusula de restrição direcionada ao poder público. Por conta disso, via de regra, não será possível suprimir políticas públicas de maneira repentina e sem que haja a apresentação de medidas compensatórias.

2 A vedação do retrocesso social no contexto do constitucionalismo dirigente

O princípio da proibição de retrocesso social guarda estreitas relações com a teoria da Constituição dirigente[9], expressão inicialmente cunhada pelo alemão Peter Lerche, em 1961, e cuja notoriedade na literatura jurídica de língua portuguesa encontra representatividade nos estudos de Joaquim José Gomes Canotilho, a partir de sua tese de doutoramento lançada em 1982 (BERCOVICI, 2006, p. 242).

---

8 Supremo Tribunal Federal. Plenário, Sessão Virtual de 23.6.2023 a 30.6.2023. Recurso Extraordinário n. 684.612. Origem: Rio de Janeiro. Relator ministro Ricardo Lewandowski. Relator para acórdão: ministro Roberto Barroso. Julgamento: 03 jul. 2023. Data de publicação da Ata de julgamento no Diário de Justiça eletrônica: 11 jul. 2023.

9 Para Felipe Derbli (2007, p. 45), o princípio da proibição de retrocesso social seria uma decorrência lógica do próprio dirigismo constitucional.

Gilberto Bercovici (2006, p. 242) pontua que, para Peter Lerche, "todas as Constituições apresentariam quatro partes: as linhas de direção constitucional, os dispositivos determinadores de fins, os direitos, garantias e repartição de competências estatais e as normas de princípio".

Ademais, Lerche compreendia a Constituição dirigente como um conjunto de diretrizes que vinculam permanentemente o legislador. Contudo, para o jurista alemão, apenas parte da Constituição pode ser considerada dirigente (BERCOVICI, 2006, p. 242). Em contrapartida, Canotilho possui um conceito mais amplo ao preconizar que "não apenas uma parte da Constituição é chamada de dirigente, mas toda ela" (BERCOVICI, 2006, p. 243).

Em linhas gerais, a Constituição dirigente é dotada de conteúdo programático, composta de normas de caráter vinculante, as quais definem objetivos a serem alcançados pelo poder público e pela sociedade (DERBLI, 2007, p. 45-46).

A teoria da Constituição dirigente, em sua origem, assentava-se sobre o pressuposto de que os Poderes Judiciário e Executivo estavam subordinados à Constituição e à legalidade democrática, enquanto que o legislador, até então, não possuía uma atuação vinculada. Com isso, firmou-se a necessidade de um Legislativo igualmente submetido a tarefas e fins constitucionais.

Assim, a Constituição dirigente passa a vincular o legislador aos programas nela estabelecidos, seja sob o aspecto negativo, ao vedar a edição de normas contrárias ao conteúdo material da Carta Magna, seja sob o positivo, fixando diretrizes a serem observadas pelo legislador (DERBLI, 2007, p. 48).

Em momento posterior, ao identificar fragilidades de ordem teórica e dogmática que afetavam seu projeto, Canotilho (2008, p. 33) promove uma revisão parcial de sua teoria, inicialmente divulgada no trabalho *Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*, e, depois, incorporada no prefácio da segunda edição da obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, cujo lançamento se deu em 2001.

As reflexões críticas relacionadas ao constitucionalismo dirigente são ainda aprofundadas na obra '*Brancosos' e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, ocasião em que ressalta apoio à "Constituição enquanto lei-quadro fundamental condensadora de premissas materialmente políticas, econômicas e sociais" (CANOTILHO, 2008, p. 35).

Gomes Canotilho (2008, p. 37) complementa que não é possível vislumbrar no constitucionalismo "o fim da história", além de esclarecer que a doutrina de outrora "explicava mal o enigma de um legislador desvinculado nos fins", ao considerar que "alguns preceitos da constituição se revelavam suficientemente densos e determinantes para limitarem, em termos jurídicos, os 'excessos' do poder legislativo" (CANOTILHO, 2008, p. 32).

José Carlos Vieira de Andrade (2006, p. 409-410) igualmente não poupou críticas ao dirigismo constitucional ao afirmar que não é possível aceitar "que os preceitos relativos aos direitos sociais possam ser interpretados como definições normativas do caminho que os homens têm inexoravelmente de percorrer na sua marcha histórica para a sociedade justa".

Acusou-se, ainda, o dirigismo constitucional de pretender substituir o processo de decisão política, além de supostamente se firmar como um modelo de desenvolvimento centrado no Estado intervencionista (BERCOVICI, 2006, p. 40).

As críticas ao dirigismo apontam, especialmente, para a ideia de "narratividade emancipatória", a qual correspondia a fórmulas que atribuíam à Constituição uma função capaz de garantir uma transição para uma outra sociedade, isto é, para uma sociedade supostamente mais justa (CANOTILHO, 2008, p. 31).

A partir de sua reflexão crítica, Canotilho passou a compreender que o dirigismo de longo prazo não levava em consideração as dinâmicas da sociedade, o seu momento histórico, incorrendo no risco de engessamento do desenvolvimento constitucional, limitando as gerações futuras de rediscutir direitos apoiados sob a lógica de tais narrativas emancipatórias (QUINTILIANO, 2019, p. 93).

A Constituição dirigente não pode ser compreendida como absolutamente imodificável, pois que deve permanecer em sintonia com a realidade dos fatos, e disposta a adaptações de acordo com as evoluções e as inovações, a fim de que mantenha sua capacidade de conformação social (DERBLI, 2007, p. 82).

Desta forma, "Canotilho passa a defender que a Constituição deve evitar converter-se em lei da totalidade social, para não perder sua força normativa" (BERCOVICI, 2006, p. 40-41).

No mais, a Constituição dirigente não pode mais ser mantida "como proposta de normativismo revolucionário, capaz, por si só, de promover a emancipação, assim como também estará fadada ao fracasso se não estiver aberta ao direito internacional e aos direitos supranacionais" (DERBLI, 2007v63).

O desafio da Constituição dirigente, no contexto atual, consiste em possibilitar uma abertura e modulação de acordo com

as evoluções e as inovações, evitando-se, desta maneira, que se torne rígida.

A abordagem aqui empreendida se mostra relevante na medida em que a Constituição brasileira é, na sua essência, dirigente (DERBLI, 2007, p. 80), tendo, inclusive, sofrido demasiada influência por parte da doutrina de Canotilho.

Para Bercovici (2006, p. 244), "a Constituição de 1988 é claramente uma Constituição dirigente, como podemos perceber da fixação dos objetivos da República no seu art. 3º".

Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2010, p. 213) acrescenta que "a Constituição promulgada em 1988, antes de iniciar o constitucionalismo diretiva brasileiro, inova no modelo de dirigismo que empreende".

Logo, a Constituição brasileira de 1988 é dirigente e compromissória, uma vez que fixa tarefas e diretrizes a serem observadas pelo legislador, perseguindo a transformação da realidade e emancipação social.

Posto isso, resta saber se (e como) a revisão empreendida por Gomes Canotilho, com relação à sua teoria da Constituição dirigente, afeta o arranjo constitucional brasileiro.

Para Lênio Luiz Streck (2003, p. 275), "a afirmação de Canotilho não elimina e tampouco enfraquece a noção de Constituição dirigente e compromissária", de modo que não há que se falar em "constitucionalismo", mas em vários constitucionalismos, no sentido de que a Constituição de cada país possui identidade nacional e especificidades que lhes são próprias.

Embora a Constituição portuguesa seja igualmente dirigente e compromissória na sua origem, era dotada de um viés revolucionário, diferentemente do dirigismo que se consolidou no Brasil. O texto constitucional português "especificava a transformação do modo de produção rumo ao socialismo", previsão que fora posteriormente suprimida a partir de sucessivas revisões constitucionais que acabaram por retirar o aludido caráter revolucionário (STRECK, 2003, p. 275).

Nessa linha, Streck (2003, p. 277) sustenta que a revisão de Canotilho pouco impactou o constitucionalismo brasileiro. Sendo assim, "é possível afirmar a continuidade da validade da tese da Constituição dirigente (uma vez adequada a cada país, com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumpridas é extremamente elevado)". A justificar o constitucionalismo dirigente brasileiro, Lênio Streck desenvolve a "teoria da Constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia", ou também chamada de "teoria

da Constituinte dirigente adequada a países periféricos", como é o caso do Brasil. A aludida teoria, nos moldes atuais, pode ser reputada "como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática" (STRECK, 2003, p. 276).

Vale reforçar que, no Brasil, o Estado ocupa posição estratégica e nuclear para promover a transformação social e o desenvolvimento da sociedade. Neste contexto, a Constituição se revela como importante instrumento para tal desiderato, na medida em que organiza e possibilita a concretização de tarefas e fins constitucionais. Por último, cabe destacar que os direitos sociais integram a noção de Constituição dirigente (DERBLI, 2007, p. 84).

De toda sorte, a teoria da Constituição dirigente ainda é plenamente sustentável e, neste particular, sendo possível afirmar que a Constituição de 1988 permanece dirigente, uma vez que estabelece tarefas ao legislador com a finalidade de equacionar a histórica e severa crise social brasileira (DERBLI, 2007, p. 79). A respeito, Canotilho arremata (2005, p. 40): "as constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias".

Portanto, o dirigismo constitucional permanece vigente, em especial, no tocante à Constituição brasileira de 1988, fixando tarefas, fins e limites para o legislador, além de se revelar como instrumento imprescindível "para o desenvolvimento de um projeto de combate à pobreza, mediante esquemas de socialidade" (DERBLI, 2007, p. 69).

3 O princípio da vedação do retrocesso social

O termo vedação (ou proibição) de retrocesso social encontra na literatura jurídica expressões sinônimas como proibição de regressividade, princípio da proibição da retrogradação, eficácia vedativa do retrocesso, irreversibilidade, além de proibição de "contra-revolução social" ou da "evolução reaccionária" (CANOTILHO, 2003, p. 338).

Jorge Miranda (2000, p. 397) utiliza a nomenclatura *não retorno da concretização* para se referir à vedação de retrocesso social.

É também conhecido como "effet cliquet", no francês (em tradução livre "efeito catraca"), alusão a um dispositivo de segurança utilizado por alpinistas que possibilita travar a corda,

em caso de acidente, evitando, assim, uma inesperada queda da montanha. Em outras palavras, "significa o movimento que só permite o alpinista ir para cima, ou seja, subir, já que os pinos de sustentação estão sempre acima do alpinista" (MARTINS, 2022, p. 386).

Em linhas gerais, tem-se como retrocesso social a conduta comissiva do legislador que, ao revogar, total ou parcialmente, legislação infraconstitucional, promove o retorno ao estágio anterior à regulamentação da norma constitucional, recriando um vácuo no ordenamento jurídico (DERBLI, 2007, p. 242).

A sistemática da vedação de retrocesso tem por escopo assegurar conquistas sociais, afastando medidas estatais que gerem um considerável esvaziamento ou paralisação de avanços sociais. Por outro lado, busca-se resguardar o núcleo essencial dos direitos sociais efetivamente regulamentados.

Caso haja uma supressão do núcleo essencial de determinado direito social que foi regulamentado "(especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível" (SARLET, 2018, p. 463-464).

Os direitos sociais concretizados pelo legislador devem implicar, portanto, uma certa garantia de estabilidade, abrangendo "um mínimo, que reside na proibição, designadamente, na medida em que assim se ponha em causa o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana" (ANDRADE, 2006, p. 407).

A vedação de retrocesso social, notadamente por se relacionar com o mínimo existencial, limita a discricionariedade do administrador público e a liberdade de conformação do legislador, proibindo a retirada de direitos fundamentais mínimos ligados à dignidade humana.

Desta forma, a atuação do legislador não se exaure apenas com a concretização dos direitos constitucionais não exequíveis, ficando ainda obrigado a não suprimir a regulamentação de norma constitucional que resulte na abertura ou reabertura de uma omissão (MIRANDA, 2017, p. 543).

Por outro ângulo, uma vez que tenham sido implementados, os direitos fundamentais sociais "assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução" (SARLET, 2018, p. 459).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 464), a proibição de retrocesso foi consagrada no direito constitucional, comparado

e brasileiro, como princípio implícito, vinculado ao Estado de Direito e ao Estado Social.

O referido princípio pode ser extraído do próprio texto constitucional, com base nos seguintes fundamentos: objetivo de constituir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CRFB); princípio da dignidade humana (art. 1º, inciso III, da CRFB); postulado da segurança jurídica (art. 5º *caput* da CRFB); "princípio da confiança inerente ao Estado de Direito" (MIRANDA, 2000, p. 397). Para Canotilho (2003, p. 338), "o princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição do retrocesso social".

Sarlet (2018, p. 465-466) reforça que a vedação do retrocesso social decorre do princípio do Estado social e democrático de Direito, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e do princípio da proteção da confiança.

Canotilho (2003, p. 339-340) conceitua o aludido princípio nos seguintes termos:

> O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas ('lei da segurança social', 'lei do subsídio de desemprego', 'lei do serviço de saúde') deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.

O princípio da vedação do retrocesso social conduz à inconstitucionalidade de medida legislativa que, não prevendo alternativa compensatória equivalente, revoga lei que concretiza dispositivo constitucional dependente de regulamentação.

Se não acompanhada de política substitutiva ou equivalente, a revogação de norma regulamentadora de princípio constitucional, que resulta em um vazio normativo, é tida por inconstitucional (BARCELLOS, 2011, p. 87).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2021, p. 296) lecionam que, "uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obti-

das", razão pela qual a "realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações".

Assim, verifica-se que há um consenso doutrinário entendendo ser possível a revogação de legislação infraconstitucional regulamentadora de direitos constitucionais, desde que haja a criação de políticas públicas compensatórias.

No direito comparado, cabe relevo o paradigmático acórdão nº 39, publicado em 5 de maio de 1984, do Tribunal Constitucional Português, o qual reconheceu a existência do princípio da proibição de retrocesso social, ao declarar a inconstitucionalidade de medida estatal supressora de direitos na área da saúde pública (PORTUGAL, 1984, p. 1456).

Partindo desses pressupostos, o Tribunal Constitucional Português entendeu que a revogação operada na presente situação violava substancialmente o núcleo essencial do direito constitucional à saúde, não podendo, destarte, o legislador suprimir garantias fundamentais que representassem um retrocesso social.

Posteriormente, no acórdão 509/2002, o Tribunal Constitucional Português enfrentou controvérsia que versava sobre a possibilidade de supressão de concessão do benefício social denominado "rendimento mínimo garantido" para pessoas com idade inferior a 25 anos (PORTUGAL, 2002, p. 1-2).

Sem delongas, com base no princípio da proibição do retrocesso social, a Corte concluiu pela inconstitucionalidade da norma revogadora, tendo em vista a existência de violação ao "conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana" (PORTUGAL, 2002, p. 30).

No Brasil, por meio da ação direta de inconstitucionalidade 2.065-0 (DJ 04/06/2004), em que se debatia a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, o Supremo Tribunal Federal se manifestou pela primeira vez sobre o princípio da proibição do retrocesso social, embora, por maioria, o pleito de inconstitucionalidade não tenha sido acolhido, por entender ter havido, na espécie, ofensa reflexa à Constituição.

Na aludida ADI 2.065-0, o ministro Sepúlveda Pertence, relator originário, fez uma comparação entre omissão inconstitucional e retrocesso social, nos seguintes termos: "Mora inconstitucional quando inexiste a lei integradora; quando esta já existe, não se pode voltar ao status quo anterior de vazio normativo e de ineficácia consequente da norma constitucional".

E mais adiante: "Quer dizer que a implementação da Constituição não pode sofrer retrocesso".

No julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.105, o ministro Celso de Mello, em seu respectivo voto, afirmou:

> a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses (...) em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

No recurso extraordinário 581.352, o Relator ministro Celso de Mello pontua que o princípio da proibição do retrocesso social, "em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário"[10].

Fato é que o STF vem se manifestando, em diversas ocasiões, favorável à aplicação da teoria da vedação do retrocesso social no direito brasileiro[11], compreendendo ser possível ao Judiciário, de forma excepcional, "determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas"[12].

---

[10] Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Recurso extraordinário 581.352. Origem: Amazonas. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 29/10/2013. Data de publicação no Diário de Justiça eletrônico: 22/11/2013.

[11] O Supremo Tribunal Federal vem aplicando o princípio da vedação do retrocesso social em diversos de seus julgados, cabendo, à guisa exemplificativa, mencionar: ação direta de inconstitucionalidade 3.104, relatora ministra Cármen Lúcia, publicação: 09/11/2007; ação direta de inconstitucionalidade 3.128-7, relatora originária ministra Ellen Gracie, relator para acórdão ministro Cezar Peluso, publicação: 18/02/2005; ação direta de inconstitucionalidade 6218, relator ministro Celso de Mello, publicação: 10/12/2019; arguições de descumprimento de preceito fundamental 747, 748 e 749, relatora ministra Rosa Weber, publicação: 27/11/2020; ação direta de inconstitucionalidade 4.717, relatora ministra Cármen Lúcia, publicação: 05/04/2018.

[12] Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. Agravo regimental no agravo de instrumento 734.487. Origem: Paraná. Relatora Ministra Ellen Gracie.

Em complemento, impende registrar que o STF entende que, em situações excepcionais, não viola o princípio da separação de poderes, nem a cláusula da reserva do possível, determinação judicial que compele a Administração pública a adotar medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, voltados para a garantia da dignidade humana[13].

À guisa de conclusão, compreende-se, no presente estudo, a vedação de retrocesso social como princípio constitucional implícito, uma vez que não consta expressamente da Constituição, e cujo objetivo é a preservação de um estado de coisas já conquistado contra reduções ou supressões arbitrárias.

De acordo com a doutrina e jurisprudência, brasileira e comparada, pode-se dizer que, com fundamento no princípio da vedação de retrocesso social, é inválida medida comissiva do legislador que, ao revogar núcleo essencial dos direitos sociais já regulamentados, promove um regresso ao estado originário de vazio normativo e de consequente ineficácia da norma constitucional, caso não seja acompanhada de política pública substitutiva ou equivalente.

4 Dos parâmetros destinados à verificação da violação ao princípio da vedação do retrocesso social promovida pela Lei nº 14.118/2021

Em 14 de fevereiro de 2023, o Programa Minha Casa, Minha Vida (MCMV) foi recriado, por meio da Medida Provisória nº 1.162, restabelecendo a faixa 1, ao revogar a Lei nº 14.118, de 12 de janeiro de 2021, para abarcar, via orçamento público, as famílias que possuem renda mensal de até R$ 2.640,00, ou seja, que recebem próximo de dois salários mínimos. Posteriormente, a Medida Provisória nº 1.162 foi convertida na Lei nº 14.620, de 13 de julho de 2023.

Ainda que a Lei nº 14.118/2021 tenha sido revogada, vale a análise acerca da sua (in)constitucionalidade, porquanto a hipótese representa um exemplo concreto de aplicação prática do princípio da vedação do retrocesso em matéria habitacional.

Data do julgamento: 03/08/2010. Data de publicação no Diário de Justiça eletrônico: 20/08/2010.

[13] Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Agravo regimental no agravo de instrumento 674.764. Origem: Piauí. Relator Ministro Dias Toffoli. Data do julgamento: 04/10/2011. Data de publicação no Diário de Justiça eletrônico: 13/10/2011.

Posto isso, proceder-se-á a seguir ao exame de (in)constitucionalidade da Lei nº 14.118/2021, bem como os seus respectivos fundamentos jurídicos.

Com o escopo de verificar se a Lei nº 14.118/2021, a qual instituiu o programa Casa Verde e Amarela (CVA), padece(ia) de vício de inconstitucionalidade, ao revogar a Lei nº 11.977, levar-se-á em consideração os seguintes parâmetros, ora formulados em forma de perguntas:

a) A Lei nº 11.977/2009 (MCMV) - ao regulamentar dispositivo constitucional, isto é, o direito à moradia previsto no artigo 6º da Constituição de 1988 -, teria consolidado uma estrutura constitucionalmente necessária para a realização de um direito fundamental?

b) A revogação operada pela Lei nº 14.118/2021 (CVA) viola substancialmente o núcleo essencial do direito constitucional à moradia anteriormente regulamentado pela Lei nº 11.977/2009 (MCMV)?

c) A Lei nº 14.118/2021, ao revogar a Lei nº 11.977/2009, teria resultado em uma reversão de conquista social anteriormente consolidada, gerado o retorno a anterior situação de inexecução da norma constitucional e deixado um vácuo normativo em seu lugar?

d) A Lei nº 14.118/2021 prevê políticas públicas compensatórias ou equivalentes?

e) A vedação de retrocesso social possui previsão no ordenamento jurídico brasileiro? Se afirmativa a resposta, a Lei nº 14.118/2021 (CVA) viola a proibição de retrocesso social?

5 Da violação ao princípio da vedação de retrocesso social e o vácuo normativo produzido pela Lei nº 14.118/2021: a desconstrução inconstitucional de uma conquista social consolidada

Com o fito de ampliar o acesso da população à moradia, além de possuir um caráter anticíclico sobre os efeitos produzidos a partir da crise das hipotecas *subprime*, deflagrada em 2008 nos Estados Unidos, o governo federal instituiu o Programa Minha Casa Minha Vida (MCMV), por meio da Medida Provisória nº 459, de 25 de março de 2009, posteriormente convertida na Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.

A exposição de motivos interministerial 33, vinculada à Medida Provisória nº 459/2009, previa que o MCMV representava "parte significativa do mosaico de ações do Governo para com-

bater o déficit habitacional e a crise econômico-financeira global".

A exposição de motivos assenta, ainda, que o déficit de moradias no Brasil "se concentra no segmento populacional de baixa renda, em razão da dificuldade dessa população em acessar financiamento e outros mecanismos de aquisição de moradia que demandem comprovação, regularidade e suficiência de renda".

Esse pressuposto que embasou o MCMV, em 2009, ainda permanece vigente nos dias atuais, cabendo, a título exemplificativo, destaque para a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (2021), a qual constatou que "42,5% das famílias brasileiras ganham até R$ 2.862,00, não sendo elegíveis a nenhuma forma de financiamento que não seja subsidiada pelo governo".

O MCMV buscava atender às famílias com renda que variava entre 0 (zero) e 10 (dez) salários mínimos. Os beneficiários do programa eram segmentados em quatro faixas, de acordo com a renda mensal familiar: faixa 1, faixa "1,5", faixa 2 e faixa 3.

As famílias amparadas pela faixa 1 contavam com subsídios diretos, por meio do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), "e as famílias que se enquadram nas demais faixas do programa (três a seis salários mínimos e seis a 10 salários mínimos) contavam com recursos de financiamento oriundos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço" (OLIVEIRA, 2016, p. 331).

Assim, no tocante à faixa 1, o Estado subsidiava quase que integralmente a moradia para as famílias de renda mais baixa, sem incidência de juros, e financiava a aquisição de imóveis para as famílias com renda maior (faixas "1,5", 2 e 3), mediante taxas de juros menores que as cobradas pelo mercado.

Mais especificamente, a faixa 1 tinha como principal característica o custeio de até 90% do preço do imóvel, via orçamento público (CONGRESSO NACIONAL, 2017, p. 15), para as famílias com rendimento bruto mensal de até R$ 1.800,00. Os 10% restantes deveriam ser pagos pelos beneficiários, em até 120 prestações. A parcela mensal do financiamento variava entre R$ 80 e R$ 270, sem juros[14].

O segmento da faixa 1, ao promover o acesso à moradia para a população de baixa renda, implementa um direito exigi-

[14] CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Minha Casa Minha Vida – Habitação urbana. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/urbana/Paginas/default.aspx#quem-pode-ter>. Acesso em 18 maio 2022.

do pela dignidade humana, uma vez que reclama, "na sua dimensão positiva, a satisfação das necessidades existenciais básicas para uma vida com dignidade, podendo servir até mesmo de fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados" (SARLET, 2010, p. 12).

Nessa esteira, Patrícia Marques Gazola (2008, p. 115) pontua que "os programas habitacionais podem viabilizar a moradia de forma gratuita ou onerosa. Nas duas formas, sem que haja uma política de subsídios esse direito não poderá ser apropriado pelo cidadão de baixa renda".

Para mais além, o MCMV obteve êxito ao permitir a redução do déficit habitacional no Brasil. Entre os anos de 2009 e 2020, foi contratada, no âmbito do MCMV, a construção de 6.140.995 unidades habitacionais, com a efetiva entrega de 5.115.034, englobando aí as quatro faixas do programa. Se levada em consideração apenas a faixa 1, no período de 2009 a 2020, foram contratadas 1.910.546 e entregues 1.493.180 unidades (MINISTÉRIO DA ECONOMIA, 2020) [15].

Deste modo, o MCMV permitiu a expansão do crédito habitacional a juros baixos, mediante a acentuada injeção de recursos públicos no setor imobiliário, contribuindo para o aquecimento da construção civil e repercutindo, por sua vez, na geração de empregos, fomento da economia, e possibilitando uma expressiva arrecadação de tributos.

Por outro ângulo, a Lei nº 11.977 (MCMV), ao regulamentar o artigo 6º da Constituição de 1988, teria consolidado uma estrutura constitucionalmente necessária para a realização do direito fundamental à moradia, a qual perdurou por aproximadamente onze anos.

Com o advento do programa Casa Verde e Amarela (CVA), instituído pela Lei nº 14.118, de 12 de janeiro de 2021, o progresso das políticas públicas voltadas para a promoção da moradia para a população pobre sofre não apenas uma abrupta interrupção, mas propriamente um revés, especialmente ao suprimir a sistemática da faixa 1, que amparava as famílias de baixa renda.

---

[15] Em termos de porcentagens, das unidades habitacionais contratadas entre 2009 e setembro de 2020, isto é 1.910.546 de 6.140.995, 31% corresponde à faixa 1. Em contrapartida, das unidades habitacionais efetivamente entregues no mesmo período, 1.493.180 de 6.140.995, 29% corresponde à faixa 1.

O CVA representa um retrocesso, se comparado ao MCMV, em particular, por enfraquecer a liderança do Estado no processo de enfrentamento do déficit habitacional no país, "submetendo aqueles que mais necessitam de moradia às regras e exigências de mercado" (SILVA, 2019).

O relatório do Ministério da Economia (2020, p. 14) já confirmava a intenção de enfraquecimento da sistemática da faixa 1, pelo CVA, ao afirmar que "o foco do programa tenderá a se afastar da faixa 1, de modo que as operações de financiamento com recursos do FGTS terão uma proporção maior das contratações".

Na prática, o CVA se resumia a um programa de financiamento habitacional (SILVA, 2019: 289), ao viabilizar apenas a incidência de juros menores do que os cobrados pelo mercado.

Ocorre que a crise habitacional no país é severa, contando com um déficit habitacional de aproximadamente 7,8 milhões de unidades, dos quais 93% é integrado por famílias com faixa de renda de até cinco salários mínimos, consoante estudo divulgado pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (2020, p. 27-28)[16].

Não fossem as unidades habitacionais construídas e financiadas pelo MCMV, o déficit de moradias no país teria atingido patamar ainda mais crítico, dificultado os desafios do Estado e da sociedade neste mister.

Desta forma, a revogação pura e simples da sistemática da faixa 1 tende a agravar a crise habitacional no país, uma vez que opera um enfraquecimento no tocante à participação do poder público no processo de produção de habitações populares, sendo que é justamente na faixa 1 que reside o maior percentual do déficit de moradias: 88% entre 2016 e 2019 (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2021).

Projetando essa anomalia para o futuro, de acordo com estudo da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (2021), estima-se que até 2030 o déficit de moradias no Brasil

[16] De acordo com a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (2020: 27-28): "Considerando o conceito ampliado, deve-se enfatizar a dimensão absoluta do déficit da ordem de 7,8 milhões de unidades. Isso corresponde a 9,6% do total de domicílios existentes no país no ano de 2019. Desse universo, 4,4 milhões de unidades se referem ao conceito restrito e outras 3,3 milhões ao ônus excessivo com aluguel. Esses números correspondem, respectivamente, a 5,5% e 4,1% do estoque total de domicílios em nível nacional".

poderá atingir 11,4 milhões, dos quais "65% está concentrado nas faixas de renda de até 3 salários mínimos".

Ao revogar a Lei nº 11.977/2009, a Lei nº 14.118/2021 promove a supressão de todo um microssistema da habitação social (faixa 1), voltado para a população de baixa renda, deixando em seu lugar um vazio normativo.

Trata-se do MCMV de uma conquista social, que concretiza o direito fundamental à moradia e, por conta dessa condição, atrai mecanismos de proteção constitucional.

Uma vez criado um programa público dirigido para a implementação do direito fundamental à moradia, "nenhuma norma pode abolir tal política, sem que outra substitua ou mantenha tal programa, posto que este passou a ser um dado adquirido no patrimônio do direito à moradia" (SOARES, 2011, p. 222).

Com a revogação operada pela Lei nº 14.118/2021, em relação à Lei nº 11.977/2009 e de todos os seus respectivos atos regulamentares (que vão desde regulamentos a portarias e instruções normativas), extinguiu-se a sistemática da faixa 1, sem que tenha havido a criação de alternativa.

Para Luis Roberto Barroso (2004, p. 379), a vedação do retrocesso possibilita exigir do Judiciário "a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente".

Se não for acompanhada de política substitutiva ou equivalente, a revogação de norma regulamentadora de princípio constitucional, a qual resulta em um vazio normativo, é tida por inconstitucional.

Portanto, a revogação operada pela Lei nº 14.118/2021 (CVA) teria resultado na violação do núcleo essencial do direito constitucional à moradia, anteriormente regulamentado pela Lei nº 11.977/2009 (MCMV), reabrindo uma verdadeira omissão inconstitucional.

Conclusão

O presente estudo teve por objetivo analisar os aspectos teóricos e práticos do princípio da vedação do retrocesso social envolvendo o direito à moradia. Para tal, examinou-se a compatibilidade material da Lei nº 14.118, de 12 de janeiro de 2021, a qual outrora instituiu o programa Casa Verde e Amarela (CVA), com o ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei nº 14.118, ao revogar a Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, resulta na reversão de uma conquista social anteriormente consolidada, promovendo uma regressividade com relação à concretização do direito à moradia para a população de baixa renda.

O Minha Casa Minha Vida (MCMV) se traduz em um programa federal voltado para a promoção do direito fundamental à moradia, a partir da destinação de subsídios públicos para a aquisição de imóveis por famílias de baixa renda, bem como possibilita o financiamento habitacional, mediante juros abaixo dos cobrados pelo mercado, para que famílias de média renda também possam adquirir unidades imobiliárias.

Ao promover o acesso à moradia para a população de baixa renda, a faixa 1 implementa um direito exigido pela dignidade humana, porquanto, sob um prisma positivo, demanda a satisfação das necessidades existenciais básicas do indivíduo.

Ademais, o MCMV, ao instituir a sistemática da faixa 1, concretiza o direito à moradia para a população de baixa renda, regulamentando, destarte, o artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

Nesse cotejo, é possível asseverar, em um primeiro momento, que o direito à moradia, previsto no artigo 6º da CRFB, depende de regulamentação para ser efetivamente concretizado.

A intervenção legislativa aqui se revela essencial face a complexidade que envolve a implementação do direito à moradia na sua acepção macro, notadamente por demandar uma gama de operações, dos mais diversos matizes, além de exigir o emprego expressivo de recursos públicos.

Com isso, não seria possível, em uma primeira etapa, se basear diretamente no artigo 6º da CRFB para buscar, pela via judicial, compelir o Estado a fornecer moradia. Inclusive, a função jurisdicional deve ser exercida de forma prudente e responsável, orientada por uma autocontenção, a qual impeça o exercício de um ativismo desmesurado e abusivo.

Todavia, tendo sido regulamentado o direito à moradia, em especial para a população de baixa renda, no contexto de uma Constituição dirigente (como é o caso da Constituição brasileira), haveria, em matéria de direito subjetivo, o acréscimo de *status* negativo na presente hipótese, a impor restrições jurídicas ao Estado.

Em outras palavras, uma vez que o direito à moradia, compreendido enquanto direito fundamental social, tenha sido implementado, em um segundo momento, vislumbra-se o

surgimento de uma cláusula de restrição direcionada ao poder público. Por conta disso, haverá casos em que não será possível suprimir políticas públicas de forma abrupta e sem contrapartidas.

Para mais além, o CVA, ao substituir o MCMV, com destaque para a supressão da sistemática da faixa 1, promove um regresso em termos de política habitacional, em manifesta desconformidade com a Constituição de 1988.

O retrocesso que se opera na espécie ocorre a partir da publicação da Lei nº 14.118/2021, disciplinada por um conjunto de normas infralegais, o qual, por sua vez, revoga não apenas a Lei nº 11.977/2009, mas todos os atos que regulamentavam esta última. Há, portanto, uma revogação normativa em bloco.

O retrocesso social envolve uma conduta comissiva do legislador que, ao revogar, total ou parcialmente, legislação infraconstitucional, promove o retorno ao estágio anterior à regulamentação da norma constitucional, recriando um vácuo no ordenamento jurídico.

O princípio da vedação de retrocesso social, especialmente por se relacionar com o mínimo existencial, limita a discricionariedade do administrador público e a liberdade de conformação do legislador, proibindo a retirada de direitos fundamentais mínimos ligados à dignidade humana.

Dessa maneira, o princípio da vedação do retrocesso social conduz à inconstitucionalidade de medida legislativa que, não prevendo alternativa compensatória equivalente, revoga lei que concretiza dispositivo constitucional dependente de regulamentação.

Tendo em vista que a moradia é um direito básico do ser humano, se traduzindo em um direito fundamental social, deverá o poder público, no mínimo, promover políticas públicas que possibilitem o acesso à habitação adequada.

O que não se revela consentâneo com o ordenamento jurídico pátrio é o poder público permanecer inerte nesta temática, que é muito cara à sociedade brasileira, e muito menos reabrir uma omissão inconstitucional, que ocorre geralmente quando há medidas legislativas regressivas, notadamente envolvendo direitos fundamentais sociais.

A conclusão a que se chega nesta pesquisa é a de que a Lei nº 14.118/2021 padecia de vício de inconstitucionalidade, ao violar o princípio da vedação do retrocesso social, por não prever política pública equivalente ao que constava na Lei nº 11.977/2009 (faixa 1), a qual perdurou por aproximadamente onze anos e que se dirigia à efetiva concretização do direito à moradia para a população pobre.

Sendo assim, a Lei nº 14.118/2021 (CVA) teria reaberto uma omissão inconstitucional, violando o núcleo essencial do direito constitucional à moradia para a população de baixa renda (faixa 1), anteriormente regulamentado pela Lei nº 11.977/2009 (MCMV).

Referências

ACCA, Thiago dos Santos. **Teoria brasileira dos direitos sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

AINA, Eliane Maria Barreiros. **Direito à moradia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martinfontes, 2011.

_____. **Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad**. Lima: Palestra, 2019.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2. ed., 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. **Estudo técnico dedicado à atualização das necessidades habitacionais 2004-2030**. Publicado em Novembro de 2020. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2020/12/Deficit_Habitacional_-V-8-dez-2020.pdf>. Acesso em: 19 maio 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3.. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 6. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

_____. Constituição. *In*: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Constituição Dirigente**. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de & BEDÊ, Fayga Silveira (coords.), Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Resultados do Programa Minha Casa, Minha Vida**. Brasília, 2016. Disponível em: < http://www.minhacasaminhavida.gov.br/>. Acesso em: 13 ago. 2023.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **"Brancosos" e a interconstitucionalidade: itinerário dos discursos sobre historicidade constitucional.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *In* COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CONGRESSO NACIONAL. Estudo técnico conjunto n. 1/2017. **Programa Minha Casa, Minha Vida: subsídios para a avaliação dos planos e orçamentos da política pública**. Brasília, 2017. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2017/Est_Tec_Conj_20171016_PMCMV.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2023.

CUEVA, Ricardo Villas Boas. **Parâmetros para a judicialização do direito à saúde**. In: LEMBO, Claudio et al. (Coord.). Juiz constitucional: estado e poder no século XXI. Estudos em homenagem ao ministro Enrique Ricardo Lewandowski. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 507--515.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit habitacional no Brasil 2016-2019**. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <http://fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05_Relatorio-Deficit-Habitacional-no-Brasil-2016-2019-v2.0.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2023.

GAZOLA, Patrícia Marques. **Concretização do direito à moradia digna**: teoria e prática. Belo Horizonte: Forum, 2008.

GOMES, Marcos Pinto Correia; MORAES, Maira Cardoso Faria. **Licença de construção**. Exigência de título de propriedade. Inaplicabilidade da lei municipal. Direito constitucional à moradia. Violação do princípio da razoabilidade e proporcionalidade. *In*: RAPOSO, Carlos; MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar (Coord.). Direito municipal. Questões concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO IMOBILIÁRIO. **Mais de 42% das famílias brasileiras não**

têm acesso ao financiamento imobiliário sem subsídio. 2021. Disponível em: <https://ibradim.org.br/mais-de-42-das-familias-brasileiras-nao-tem-acesso-ao-financiamento-imobiliario-sem-subsidio/>. Acesso em: 28 jun. 2023.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/resultados.html>. Acesso em: 10 jul. 2023.

_____. **Aglomerados subnormais 2019**: classificação preliminar e informações de saúde para o enfrentamento à COVID-19. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101717_apresentacao.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2023.

KRELL, Andreas Joachim. Direitos sociais. *In*: BARRETO, Vicente Paulo [Coord.]. **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MARTINS, Flávio. **Direitos sociais em tempos de crise econômica**. 2. ed. São Paulo: Saraivajur, 2022.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Legitimação de posse de imóveis urbanos e o direito à moradia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Relatório de Avaliação**. Programa Minha Casa, Minha Vida. Dezembro de 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2021/04/cgu-divulga-prestacao-de-contas-do-presidente-da-republica-de-2020/relatorio-de-avaliacao-pmcmv.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2023.

MIRANDA, Jorge. ***Manual de direito constitucional***. Volume IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOLASCO, Lorecy Gottschalk. **Direito fundamental à moradia**. São Paulo: Pillares, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**. Comentários Gerais nº 4**. Ver item 7. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas sobre o direito à moradia. Genebra, 1991. Disponível em: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>. Acesso em 17 maio 2023.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão 39/84**. Diário da República nº 104/1984, Série I de 5 de maio de 1984. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/384993/details/maximized>. Acesso em 18 maio 2023.

_____. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão nº 509/2002**. Processo nº 768/2002. Relator Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Diário da República nº 19.12.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 10 de out. 2023.

QUINTILIANO, Leonardo David. **Direitos sociais e vinculação do legislador**: as reformas previdenciárias e seus limites constitucionais no Estado Social de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

_____. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988**. *In*: Revista diálogo jurídico. Ano I. Vol. I. n. 1. Salvador: Direito Público, 2001. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5307223/mod_resource/content/1/OS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20SOCIAIS%20NA% 0CONSTITUI%C3%87%C3%83O%20DE%201988%20-%20INGO%20WOLFGANG%20SARLET.pdf>. Acesso em 25 jun. 2023.

_____. **O direito fundamental à moradia na Constituição**: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *In*: Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. Número 20 – dezembro/janeiro/fevereiro 2009/2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/370724/mod_resource/content/1/direito-fundamental-c3a0-moradia-ingo-sarlet.pdf>. Acesso em 29 jul. 2023.

SILVA, Douglas Cardoso da. **Laços Comunitários e Estigma**: um estudo sobre o Programa Minha Casa Minha Vida. Revista Gestão & Políticas Públicas, v. 9, n. 2, p. 274-291, 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rgpp/article/view/146707>. Acesso em 24 jul. 2023.

SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: Perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. *In*: Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - nº 2 - p. 257-301, maio/ago. 2003. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/336/280>. Acesso em: 20 ago. 2023.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

Diálogo entre usos e costumes comerciais e a autonomia privada: regulação estatal *versus* liberdade econômica

Gustavo Tanger Jardim
Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Mestre em Direito Civil pela UFRGS
Pós-graduado em Direito Civil e Master em Gestão Estratégica de Pessoas pela UniRitter
Especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera Uniderp
Professor de Direito Civil na Pós-Graduação da FMP
Professor de Direito Civil na Escola da Magistratura Federal RS

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo realizar um exame refletido sobre os usos e costumes comerciais como ferramenta de integração do contrato e sua estruturação mediante as recentes alterações introduzidas pela Lei das Liberdades Econômicas. Para atingir esse escopo, será feita uma análise histórica da forma como os Estados se relacionaram com a ordem econômica, partindo da Idade Média. Buscando sedimentar as bases conceituais da influência dos usos e costumes comerciais, o trabalho também aprofunda a análise da teoria do diálogo das fontes e indica uma nova tendência de recuo da atuação regulatória estatal e valorização da autonomia privada.

Palavras-chave: Usos e Costumes Comerciais. Autonomia Privada. Diálogo das Fontes. Integração dos Contratos.

ABSTRACT

The purpose of this study is to carry out a reflection on commercial uses and customs as a tool for contract integration and its structuring through the recent changes introduced by the Economic Freedom Act. In order to achieve this scope, a historical analysis of the way in which States related to the economic order, starting from the Middle Ages,

will be carried out. In the search to consolidate the conceptual bases influenced by commercial customs and uses, the work also deepens the analysis of the theory of dialogue of sources and indicates a new trend of retreating state regulatory action and valuing private autonomy.

Keywords: Commercial Uses and Customs. Private Autonomy. Dialogue of Sources. Integration of Contracts.

Introdução

Durante muito tempo, os usos e costumes comerciais se consolidaram como uma importante ferramenta que alberga, dentro de suas limitações, um padrão de conduta a ser seguido por todos os que fazem do comércio a sua atividade habitual. Partindo de regras simples e universais, com o passar dos anos, a *lex mercatória* atingiu inegável importância, pois reflete a eficiência das práticas mercantis construídas no cotidiano das corporações e soluciona eventuais conflitos durante disputas.

Por evidente, refletir sobre a evolução dos usos e costumes comerciais significa, a grosso modo, captar a forma de interação entre os comerciantes e como as transformações políticas se relacionam com as atividades das corporações. Para tanto, as transformações sofridas pelo Estado ao longo da história e como se desenvolviam as interações com as práticas da época são muito importantes para analisar o panorama geral do objeto dessa reflexão.

Não bastasse isso, entender como as práticas comerciais se desenvolviam no decorrer do tempo permite aos estudiosos do direito alcançar uma lógica que, em diversos momentos, caminhou de forma paralela à função estatal de criar e dizer o direito. Estamos acostumados com a exclusividade estatal de ditar a ordem legal, e isso é fato.

Por outro lado, não podemos deixar de perceber que, cada vez mais, novas práticas *praeter legem* e, até mesmo, *contra legem* sacodem o monopólio estatal que, seguidamente, avoca o poder de ditar leis que deveriam estar vinculadas à autonomia dos particulares. Nesse ponto, a presente reflexão se comunica com os mais variados ordenamentos jurídicos, sejam eles vinculados à *Civil Law* ou *Common Law*.

Mesmo que de maneira tímida e com consideráveis tropeços, estamos nos dirigindo à universalização do direito -– mormente nas relações comerciais. Contudo, ao que parece, ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Por isso a importância de conhecer e analisar refletidamente os usos e as práticas comerciais que podem ser considerados o embrião da construção de um direito livre das fronteiras e do monopólio rígido de leis nacionais. É verdade que a utilização dos usos e costumes não visa apenas à segurança nas relações comerciais, mas, sobretudo, estão direcionados à eficiência e à agilidade das relações mercantis, sem burocracias ou entraves estatais.

Dentro dessa ótica é que emergem as leis atuais vocacionadas a fomentar a liberdade econômica nos dias modernos. Eis a validade de analisar o *ius mercatorum* e como essa experiência, que nasceu durante o século XII nas cidades italianas de Gênova e Veneza, entre outras, pode enriquecer o debate jurídico atual.

1 As transformações do Estado e as práticas comerciais

Ao nos debruçarmos sobre a evolução dos usos e costumes comerciais, não podemos olvidar de que o instituto acompanhou a complexidade crescente imposta pelo desenvolvimento comercial ao longo da história. Os desafios não foram poucos, eis que era necessário resolver adequadamente as equações que exigiam o cotejo entre a autonomia e a praticidade.

Observe-se que, no medievo, os estatutos corporativos precisavam lidar com questões que percorriam, *v.g.*, desde a liberdade da forma do contrato mercantil até a "licitude da venda de bens alheios quando realizada por comerciantes ou auxiliares de comércio" (ABREU, 2016, p .32).

Não bastasse isso, é de crucial importância perceber como os usos e costumes comerciais foram influenciados pelas transformações dos Estados e as suas diferentes formas de interação com o espectro econômico, principalmente diante da evolução do direito comercial, que transitou do mercantilismo até os dias atuais.

O Estado soberano nasce amparado em monarquias absolutistas, onde o rei detém todos os poderes e interpreta a realidade mediante sua percepção. Aliás, a centralização na pessoa do rei era tamanha que acreditavam ser ele o representante de Deus na Terra, justificando, entre outras situações, o monopólio da violência e da tributação.

O Estado Absolutista, no campo econômico, baseou sua atuação no amplo controle dos negócios econômicos, exercendo "o controle das transações comerciais e bancárias, especialmente nos reinos italianos" (SILVEIRA, 2011, p. 173). Em Portugal, por

exemplo, as Ordenações Afonsinas de 1446 já regulavam o mercado, demonstrando que o modelo mercantilista do nosso colonizador também estava baseado em forte intervenção estatal.

Durante o período do mercantilismo, apenas os membros das corporações poderiam se valer dos estatutos mercantis, empregando um perfil essencialmente subjetivo ao ordenamento comercial, ou seja, um caráter eminentemente pessoal entre os negociantes.

Posteriormente, alicerçado essencialmente nos ideais da Revolução Francesa de 1789, o Estado Moderno desloca-se para o modelo liberal, modificando substancialmente seu modo de atuação. Entre os séculos XVIII e XIX, o poder muda de mãos, afastando-se do rei e deslocando-se para uma estrutura dividida em três poderes independentes entre si: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. No plano econômico, "ocorre a transição do mercantilismo do Estado Absolutista para o capitalismo do Estado Liberal" (SILVEIRA, 2011, p. 174).

Inaugurado esse novo período, o Estado reduz seu protagonismo e passa a prestigiar o poder de iniciativa individual, limitando sua atuação perante os cidadãos e o mercado. O Estado Liberal, dentro desse contexto, estabelece limites formais entre o ambiente público do privado, prestigiando as liberdades individuais e suavizando sua intervenção no ambiente econômico e social, o qual passa a ser reconhecido como campo de atuação privada. Lembra Leonardo Corrêa (2011, p. 64):

> Sob influência do liberalismo econômico, espaço não há para uma regulamentação e ordenação verticais da atividade econômica pelo Estado, pois a este cabe apenas garantir a propriedade privada, o exercício da livre iniciativa, a liberdade de contratar e a livre concorrência em um sistema econômico auto-regulado.

Impulsionado pela Revolução Industrial, enceta o período do industrialismo, do livre comércio, do *laissez faire.* Durante essa época de expansão e conquista de novos mercados, o direito comercial abandona o modelo amparado na pessoa do comerciante e direciona seu interesse para a prática dos atos de comércio. A partir desse contexto, "o comerciante não é mais aquele que é inscrito na *matricula mercatorum,* mas aquele que pratica, por profissão habitual, atos de comércio" (FERRI, 1964, p. 992).

O Brasil, em seu espectro legal, buscou alinhamento com a teoria dos atos de comércio de base francesa, considerando que o artigo 4º do Código Comercial de 1850 enfatizava que ninguém era reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que o Código liberaliza em favor do comércio sem estar matriculado e fazendo da mercancia profissão habitual.

Com o passar dos anos, as disfunções geradas pelo Estado liberal – vinculadas à sua incapacidade de lidar com o exacerbamento do conflito entre o capital e o trabalho –começam a abalar a estrutura do modelo. Tulio Ascarelli (1934, p. 8) ensina que:

> Il superamento del liberalismo e dell'individualismo economico è oggi ovunque nella realtà dele cose. Nel diritto privato è stato naturalmente innanzi tutto nel diritto del lavoro che, dalla fine del secolo XIX, la concezione liberale e individualista è stata sottoposta a una critica serrata ed transformazioni profonde.

Com o ocaso da estrutura liberal, surge o Estado Social, dando resposta aos crescentes movimentos e ideias sociais, em que se perseguia o implemento da dignidade da pessoa como uma faceta necessariamente alicerçada em pressupostos socioeconômicos, considerando que o bem-estar das pessoas também dependia da sua condição econômica. Ensina Eros Grau (2017, p. 20) que, no final do século XIX e início do século XX, as imperfeições do liberalismo associadas à incapacidade de autorregulação dos mercados conduziram à atribuição de novas funções ao Estado.

A simbiose existente entre o sistema capitalista e o poder público também pode ser percebida no Estado de bem-estar social. Nesse modelo, o Estado volta a exercer importante atuação no ambiente econômico e passa a intervir no trabalho, no salário, na moeda, regulando diversas situações cotidianas com o escopo de atenuar as desigualdades sociais que se acentuaram durante o período do liberalismo. Essa nova realidade interfere diretamente na forma como a atividade empresarial se desenvolve perante o mercado.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Estado Social entra em declínio e reconfigura-se mediante o Estado Democrático de Direito. Essas rupturas geralmente ocorrem quando o ambiente social percebe a ausência de respostas eficientes aos problemas enfrentados pela coletividade.

Assim, diante desse roteiro que insiste em se repetir ao longo do tempo, é que ganha importância perceber as peculiaridades da interação entre o Estado e o espaço destinado às práticas comerciais.

2 Reflexões sobre os usos e costumes comerciais

É possível verificar que existe um intenso embate entre duas forças grandiosas. Na realidade, há um verdadeiro duelo de Titãs. De um lado, existe a força de normas costumeiras, construídas de maneira espontânea por todos que praticavam o comércio, imunes às referências rígidas das leis nacionais.

Essa grande força colide frontalmente com a estrutura dos Estados, que, no decorrer do tempo, não poupou esforços em retirar do direito comercial a sua primazia de matriz liberal. Em que pese a grande energia dispendida entre os envolvidos, não restam dúvidas de que não há vencidos nem vencedores nessa queda de braço.

Observe-se que a Economia e o Direito possuem bases essencialmente distintas; contudo, se debruçam sobre a mesma realidade, servindo-se mutuamente. Nasce, nesse contexto, a importância de refletir como a ordem jurídica exercita premissas regulatórias em relação à ordem econômica. Alerta Bruno Miragem (2017, p. 106) que a regulação de atividades econômicas no ambiente de mercado "constitui um dos principais desafios do direito administrativo brasileiro desde o início do século".

A crescente complexidade das relações comerciais atrai maior atenção dos Estados, considerando que, diariamente, surgem novos pontos de contato entre os atores que interagem com o mercado e as riquezas que circulam nesse *locus*.

Ao longo da história, pensava-se que a intervenção do Estado na ordem econômica – seja de forma mais aguda ou mais branda –, baseava-se na correção de distorções, de modo a conferir a necessária segurança às relações jurídicas.

Ensina Modesto Carvalhosa (1973, p. 159) que o Estado se relaciona com o capitalismo desenvolvendo instrumentos estruturais baseados no planejamento econômico estabelecido. Segundo o citado autor, o Estado elege as prioridades socioeconômicas e propõe "mecanismos jurídicos que possibilitem a harmonização daquele princípio com os fins, também constitucionais, de justiça social e desenvolvimento nacional atribuídos à ordem econômica" (Carvalhosa, 1973, p. 159).

Por outro lado, adverte José Carlos Magalhães (2012, p. 176) que os usos e costumes mercantis não podem ser vistos formalmente como a lei do Estado, tampouco constituem um direito supranacional que derroga o direito nacional. Entretanto, é um direito adotado, sobretudo, na resolução de conflitos na esfera comercial internacional, *ad latere* do sistema estatal. Essa é a realidade.

Exatamente por isso não é razoável a ausência de diálogo entre os usos e costumes comerciais e a força regulatória estatal. Isso porque as soluções previstas no *ius mercatorum* nem sempre conflitam com as normas previstas nos direitos nacionais, sendo, muitas vezes, compatíveis com os princípios gerais do direito, mormente os vinculados ao direito obrigacional.

Sem ferir as esferas do direito público regulatório, é bem razoável que – após uma minuciosa análise e adequação de eventual conflito a normas do direito interno – sejam preservadas a autonomia privada e a boa-fé objetiva, presentes tanto nos costumes comerciais como nos regramentos internos. Nesse ponto, pode residir o segredo para desatar esse grande *nó górdio.*

3 Aplicação coordenada de fontes plúrimas no direito comercial

Em situações envolvendo incertezas quanto à aplicação adequada do direito, especialmente quando somos demandados a cotejar fontes diversas de maneira coerente e coordenada, não podemos olvidar do brilhantismo do pensamento de Erik Jayme e o diálogo das fontes. Ensina a Professora Cláudia Lima Marques que:

> Em 1995, em seu Curso geral de Haia, Erik Jayme, examinando o pluralismo pós-moderno de fontes e o fenômeno da comunicação, cunhou a expressão "diálogo das fontes" para significar a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, internacionais, supranacionais e nacionais, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais, daí a impossibilidade de revogação, derrogação ou ab-rogação ou solução clássica das antinomias. (MARQUES, BENJAMIN, 2018, p. 22)

Observe-se que, no caso em estudo, é importante procurar uma solução eficiente para a aplicação adequada das fontes do

direito, eis que não estamos diante de um simples conflito hierárquico de normas, mas de um conflito entre as fontes aplicáveis, muitas vezes oriundas de sistemas jurídicos diversos. Por isso, a solução não deve seguir uma lógica linear, diante da potencial contraposição entre usos e costumes comerciais e uma norma interna.

Nesse ponto, não surge apenas uma necessidade genérica de buscar eficiência hierárquica, "mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a 'antinomia', a 'incompatibilidade' ou a 'não coerência'" (MARQUES, 2011, p. 644).

Ao verificarmos a necessidade de convivência de fontes diversas do direito, sem que uma delas se sobreponha integralmente à outra, o diálogo entre elas pode alcançar a finalidade "comunicada" em ambas. É extremamente razoável pensarmos na utilização dos usos e costumes comerciais, sem agressões à normativa interna quando nos utilizamos da boa-fé objetiva e de cláusulas gerais positivadas no ordenamento interno.

Observe-se que a Lei 13.874/2019 introduziu os § 1º e § 2 º no artigo 113 do Código Civil, estabelecendo regras de integração e, entre outras medidas, o prestígio aos usos, aos costumes e às práticas do mercado relativas ao tipo de negócio:

> Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
> § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
> I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
> II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
> III - corresponder à boa-fé;
> IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
> V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.
> § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Diante desse cenário, é possível verificar a recente preocupação do legislador com o fortalecimento da autonomia privada, o que é digno de louvor. Ao mesmo tempo, aplicando-se a teoria idealizada pelo mestre de Heidelberg, não restam dúvidas que é possível pavimentar o acesso à utilização dos usos e costumes como fonte de solução de conflitos dentro do direito comercial, atualmente denominado empresarial.

Frisa-se que a utilização da técnica do diálogo das fontes em cotejo com a possibilidade de introduzir até mesmo o direito alienígena nos pactos como forma de integração confira uma grande ferramenta de prestígio à autonomia privada e à potencialização da liberdade econômica. Logo, estamos diante de um momento muito oportuno para fazer análises comparativas entre sistemas jurídicos, os quais – não raras vezes – colmatam os usos e costumes comerciais. Assim, poderemos aperfeiçoar o direito e harmonizar as opções legislativas.

Conclusão

Considerando a pesquisa realizada e o raciocínio estruturado ao longo deste artigo, foi possível verificar a relevância que os usos e costumes comerciais desempenham no campo do direito empresarial. Em que pese a inexistência de uma unidade conceitual sobre a aplicação cogente no campo do direito mercantil, as diferentes percepções trazidas pela doutrina podem enriquecer, sobremaneira, o debate sobre a sua utilização em diferentes sistemas jurídicos.

Partindo da interação universal entre os comerciantes e como as transformações políticas se relacionam com as atividades das corporações, a relação do Estado com a atividade econômica ganhou importância. Os desafios não foram poucos, eis que essa equação sempre exigiu o cotejo entre a autonomia e a praticidade, sem olvidar da ordem jurídica interna de cada país.

É verdade que os Estados elegem suas prioridades e criam mecanismos jurídicos de harmonização no anseio de desenvolver suas trocas comerciais, mas isso nem sempre é tão eficiente como a prática difundida e aplicada de modo universal entre os comerciantes.

Por evidente, o efetivo prestígio ao conjunto de regras costumeiras que presidem negócios comerciais internacionais inibiria a arguição de eventuais colisões com as leis nacionais. Percorrendo o caminho delineado pelo diálogo das fontes, normas aparentemente incompatíveis poderiam ser integradas ao direi-

to local, fortalecendo a autonomia privada e a ideia de liberdade econômica.

Frente a impossibilidade de pensar nos contratos comerciais sem qualquer vinculação a uma ou mais leis nacionais, a Lei 13.874/2019 introduziu os § 1º e § 2 º no artigo 113 do Código Civil, estabelecendo regras de integração e, entre outras medidas, o prestígio aos usos, aos costumes e às práticas do mercado relativas ao tipo de negócio. Essa recente norma geral figura como uma grande pepita dourada, que merece ser lapidada pelos ourives do direito privado.

Finalmente, embora ainda existam imprecisões ou dúvidas sobre as recentes alterações legislativas trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, o certo é que há um terreno fértil a ser trabalhado por todos os estudiosos que procuram a funcionalidade e a harmonização das leis e do direito como um todo, mediante o método de estudo comparado.

Referências

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Curso de Direito Comercial.** Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016.

ASCARELLI, Tullio. La funzione del diritto speciali e la transformazioni del diritto commerciale. **Rivista di Diritto Commerciali**, n. 34. 1934.

CARVALHOSA, Modesto. **Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

CORÊA. Leonardo Alves. **Direito Econômico e desenvolvimento: uma interpretação a partir da constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Publit, 2011.

FERRI, Giuseppe. Diritto Commerciale. *In*: **Enciclopedia del diritto**, v. 12. Milano: Giufffrè, 1964.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MAGALHÃES, José Carlos. "Lex mercatoria" - evolução e posição atual. **Doutrinas Essenciais de Direito Internacional**, vol. 5/2012.

MARQUES, Cláudia Lima e BENJAMIN, Antônio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 115/2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, vol. 1/2011.

MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasilei-

ra. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.24, 2004.

_____ . **Direito administrativo aplicado.** 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

_____. Do direito comercial ao direito empresarial: formação histórica e tendências do direito brasileiro. *In*: **Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial**, vol. 1, Dez/2010.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do estado constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do direito. **Revista dos Tribunais**. vol. 912, Out/2011.

Admissibilidade do recurso de revista e a crise dos tribunais superiores

Maria da Graça Manhães Barreto Iglesias
Advogada da CAIXA no Rio de Janeiro
Mestranda em Direito Processual pela UERJ
Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela UERJ
Pós-graduada em Direito Processual do Trabalho e Direito Processual Civil pela UGF

RESUMO

O recurso de revista é um recurso extremamente técnico, que, para ter seu mérito efetivamente julgado, precisa ser conhecido pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST). Por ser um recurso de natureza extraordinária, é de difícil admissibilidade. O presente artigo visa realizar uma análise do instituto, identificando os principais obstáculos para seu conhecimento.

Palavras-chave: Recurso de Revista. Direito Processual do Trabalho. Requisitos de Admissibilidade. Obstáculos.

ABSTRACT

The extraordinary appeal to Superior Labor Court is an extremely technical appeal which in order to have its merit effectively judged needs to be known by the superior labor court. As it is an appeal of an extraordinary nature, it is difficult to be admissible. This article aims to carry out an analysis of the institute, identifying the main obstacles to its knowledge.

Keywords: Extraordinary Review. Labor Procedure Law. Admissibility Requirements. Obstacles.

Introdução

O recurso de revista é um recurso de natureza extraordinária, previsto no art. 896 da CLT. Tem por objetivo a uniformização da jurisprudência e somente é cabível por divergência jurisprudencial, contrariedade à Súmula do TST ou vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), violação à Lei Federal e afron-

ta direta e literal à Constituição, nos estritos limites previstos nas alíneas do art. 896 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Por ser um recurso de natureza extraordinária, apresenta cabimento restrito às hipóteses elencadas na lei e fundamentação vinculada, o que restringe o seu efeito devolutivo, assim como ocorre no recurso especial e extraordinário. Tem como objetivo eliminar a incerteza oriunda da interpretação da norma jurídica, fixando o sentido da lei com o objetivo de preservar a sua autoridade e abolir o dissenso entre os tribunais regionais. Não se presta ao simples reexame de fatos e provas, vedado pela Súmula 126 do TST, mas a preservar a higidez e a unidade do direito objetivo, fixando sua correta interpretação. É também cabível, de forma ainda mais restrita, no procedimento sumaríssimo e em fase de execução.

O recurso de revista é um recurso extremamente técnico, sujeito a dois juízos de admissibilidade, cujo conhecimento depende da observância de diversos pressupostos recursais. A maioria dos recursos de revista interpostos não chega a ser apreciado pelo TST. Trata-se de um recurso de difícil admissibilidade, o que está diretamente ligado à sua natureza extraordinária e à crise enfrentada pelos tribunais superiores.

1 Crise dos Tribunais Superiores

O excesso de processos submetidos aos tribunais superiores é um problema crônico, que ocasiona morosidade no julgamento dos processos, gerando uma deficiência na prestação jurisdicional.

A crise dos tribunais superiores não é um fenômeno que ocorre apenas no Brasil, mas aqui é acentuada, em virtude do nosso próprio sistema legislativo. Entende-se como crise exatamente este desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamentos pelo tribunal. O problema não é recente e não está limitado ao TST.

Em relação ao STF, já na década de 1920, o crescente número de processos que se avolumavam aguardando julgamento era motivo de preocupação. Alfredo Buzaid[1] afirma que a existência da crise era percebida no Decreto nº 20.669/31, o qual determinava ao Supremo Tribunal Federal a realização de quatro ses-

[1] BUZAID, Alfredo. **A crise do Supremo Tribunal Federal**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 06 de abril de 1960. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66355/68965.

sões semanais de julgamento, enquanto não esgotasse a pauta de processos conclusos. Em 1937, a crise ainda era percebida pelo Decreto-lei n.° 6, que determinava que os feitos de competência do Supremo seriam julgados por turmas de cinco juízes. Não era mais possível manter a unidade orgânica do Supremo, sendo preferível dividi-lo em turmas, a fim de aumentar o número de julgamentos.

A gênese da crise, segundo Liebman[2], decorre de uma peculiaridade do sistema brasileiro, o qual o distingue do sistema dos Estados Unidos, que serviu de inspiração. Lá, a autonomia judicial era acompanhada por uma substancial autonomia legislativa, de modo que era excepcional a aplicação de leis federais pelos tribunais estaduais. No Brasil, acontecia o inverso. Aqui, havia unidade do direito civil, comercial e penal. A fonte de onde emana a maior parte do direito positivo nacional é única. Assim, os tribunais estaduais aplicam direito federal com frequência muito maior, o que gera um número muito mais elevado de casos suscetíveis à uniformização.

Alfredo Buzaid[3] aponta também uma causa orgânica, decorrente da própria responsabilidade do cargo dos ministros, que devem produzir votos que contribuam para o progresso da cultura jurídica na aplicação das leis. A quantidade a ser julgada não pode prejudicar a qualidade do julgamento, o que acaba gerando um débito permanente.

Os Estados Unidos vivenciaram situação semelhante à brasileira, no final do século XIX e início do século XX, quando a jurisdição recursal obrigatória da Suprema Corte foi drasticamente reduzida pela *Judges' Bill* de 1925 e, posteriormente, na década de 1970, pela *Supreme Court Case Selection Act*, a qual praticamente eliminou a jurisdição recursal obrigatória (ALVIM, DANTAS, 2019, p. 474).

Outros países, como Itália, Espanha, Argentina e Alemanha, também experimentaram fenômenos similares, demonstrando que o problema é mundial e decorre, por um lado, de uma estrutura econômica que estimula o conflito de interesses, pela mudança de um modelo agropastoril, prevalecente até o come-

---

2 Conferência realizada em 1940, publicada sob o título Perspectivas do recurso extraordinário, na Revista Forense, vol. 85.

3 BUZAID, Alfredo. **A crise do Supremo Tribunal Federal**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 06 de abril de 1960. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66355/68965.

ço do século XX, para a sociedade industrial e, posteriormente, para a sociedade de informação e, de outro lado, a mudança consubstanciada no distanciamento dos ideais do liberalismo econômico e aproximação do *welfare state* com a crescente intervenção do Estado na ordem econômica e nas relações privadas, de modo a perseguir os interesses gerais da coletividade (ALVIM, DANTAS, 2019, p. 475).

Embora seja um fenômeno mundial, no Brasil a crise é bem mais acentuada. A centralização da legislação na esfera federal e a existência de uma Constituição analítica, que trata de diversos assuntos que, teoricamente, não seriam de sua competência (o que é justificável pelo momento histórico em que foi promulgada), são agravantes da crise.

Ao longo dos quase cem anos em que se fala em crise dos tribunais superiores no Brasil, diversas foram as medidas adotadas para tentar solucionar o problema. Uma das principais foi a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para absorver parte da competência originalmente atribuída ao STF. O novo tribunal passava a ser o responsável pela guarda do direito federal infraconstitucional, enquanto o STF permanecia com seu *status* de guardião da Constituição.

Essa medida, no entanto, não foi suficiente para desafogar o STF. O que se observou, com o passar dos anos, foi que a crise que existia no STF desde os primórdios da sua criação se agravou e se estendeu para o STJ, em razão do número excessivo de recursos excepcionais dirigidos aos Tribunais Superiores.

Outra tentativa foi a criação da repercussão geral, através da EC/2004, a qual trouxe para o recorrente o ônus de demonstrar que o tema constitucional discutido no recurso extraordinário tem uma relevância que transcende aquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral.

No TST, o instituto da transcendência também funciona como um filtro de seleção de processos a serem efetivamente apreciados pelo TST. Criado pela Medida Provisória nº 2.226/2001, nunca chegou a ser regulamentado pelo TST. A regulamentação somente veio a ocorrer em 2017, com a reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17). Dessa maneira, ainda que a previsão da transcendência já existisse em nosso ordenamento anos antes da previsão da repercussão geral para o recurso extraordinário, a norma não era aplicada pelo TST.

Mesmo com a regulamentação pela Lei nº 13.467/17, há um alto grau de subjetividade no exame da transcendência. E não poderia ser diferente, pois deve ser reservado às instâncias supe-

riores o julgamento apenas de causas realmente relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e que transcendam os interesses exclusivos das partes, cabendo ao próprio tribunal definir quais delas têm a relevância necessária para serem apreciadas.

O TST recebe anualmente centenas de milhares de casos novos. Em 2022, foram interpostos 394.186 recursos de revista e recursos ordinários, um aumento de 7,9% em relação ao ano anterior. Foram despachados 380.524 recursos de revista e, desse total, 21.409 foram admitidos. Ou seja, apenas 5,6% dos recursos de revista foram admitidos.[4]

Não é possível que um tribunal, com recursos humanos limitados, seja capaz de analisar com a devida profundidade uma quantidade gigantesca de processos, que tende a crescer anualmente. Desta forma, deveria ser permitida apenas a subida de alguns casos que exemplifiquem questões relevantes e sirvam de paradigma para outros julgamentos.

Cada vez mais, os ministros do TST se encontram sujeitos a uma carga de trabalho absurda, o que implica na delegação do trabalho de minutar os votos a uma equipe de assessoria, transformando os ministros em gestores de tais equipes. Assim, a assessoria acaba atuando conforme entendimento e critérios preestabelecidos, reservando a intervenção mais imediata dos ministros apenas aos casos novos ou de maior complexidade ou importância. Ou seja, na prática já estavam selecionando casos transcendentes para atuação direta do ministro, com maior delegação para os demais casos (PRITSCH, 2023, p. 397).

Esse excesso de trabalho incentiva também a prática da *jurisprudência defensiva,* através da qual os tribunais deixam de conhecer recursos que deveriam ter seu mérito apreciado por questões meramente formais, como, por exemplo, podemos citar o disposto pela OJ 140 da SDI I do TST, que, em sua redação original, determinava: "*Ocorre deserção quando a diferença a menor do depósito recursal ou das custas, embora ínfima, tinha expressão monetária, à época da efetivação do depósito*".

A referida orientação foi modificada após o advento do Código de Processo Civil de 2015. O artigo 1.007, §§2º e 7º do CPC foi considerado compatível com o processo do trabalho pela

[4] Dados obtidos no site do TST. Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24359788/Movimenta%C3%A7%C3%A3o+Processual+TRT+2022.pdf/7192f0ed-3089-7a34-fc8d-dfbec5a97b95?t=1645562544919

IN 39 do TST. Assim, a redação da OJ 140 foi alterada para permitir a complementação do valor devido: "*Em caso de recolhimento insuficiente das custas processuais ou do depósito recursal, somente haverá deserção do recurso se, concedido o prazo de 5 (cinco) dias previsto no § 2º do art. 1.007 do CPC de 2015, o recorrente não complementar e comprovar o valor devido*".

No entanto, o entendimento do TST é de que a referida orientação somente é aplicável em caso de recolhimento insuficiente, não se aplicando caso não seja comprovado o recolhimento.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.467/2017. DESERÇÃO DO RECURSO DE REVISTA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS NO PRAZO ALUSIVO AO RECURSO. TRANSCENDÊNCIA NÃO RECONHECIDA. 1. A sistemática recursal imposta pelo CPC de 2015, admite, quer quanto às custas, quer quanto ao depósito recursal, a abertura de prazo para regularização do vício relativo ao preparo apenas na hipótese de sua insuficiência, nos termos da nova redação da Orientação Jurisprudencial 140 da SBDI-1 do TST. 2. No caso dos autos, contudo, não há mera insuficiência, mas ausência de comprovação de recolhimento, haja vista a reclamada não ter apresentado o comprovante de pagamento para a identificação da quitação das custas no prazo recursal. Assim, não é aplicável ao caso vertente o art. 1.007, § 2.º, do CPC de 2015 ou a Orientação Jurisprudencial 140 da SBDI-1 do TST. 3. Dessa forma, verifica-se que o recurso de revista encontra-se deserto, em razão da falta de comprovação do recolhimento das custas processuais quando da interposição do apelo, em descumprimento à parte final do art. 789, § 1º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido[5]

Outro exemplo é a antiga redação da Súmula nº 383 do TST, que determinava: *"É inadmissível, em instância recursal, o oferecimento tardio de procuração, nos termos do art. 37 do CPC, ainda que mediante protesto por posterior juntada, já que a interposição de recurso não pode ser reputada ato urgente".* A

[5] AIRR-11481-17.2018.5.03.0164, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 10/07/2023

redação desta súmula também foi alterada em virtude do novo Código de Processo Civil, passando a dispor: "*Verificada a irregularidade de representação da parte em fase recursal, em procuração ou substabelecimento já constante dos autos, o relator ou o órgão competente para julgamento do recurso designará prazo de 5 (cinco) dias para que seja sanado o vício. Descumprida a determinação, o relator não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente, ou determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido (art. 76, § 2º, do CPC de 2015)".*

Mesmo assim, o TST não admite a regularização no caso de ausência de procuração:

> AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE INSTRUMENTO DE MANDATO. NÃO PREENCHIMENTO DE PRESSUPOSTO EXTRÍN-SECO DE ADMISSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA NÃO ANALISADA. I. Não merece reparos a decisão unipessoal, em que não se reconheceu a transcendência do tema "irregularidade de representação". II. Conforme a Súmula nº 383, II, do TST, o art. 76, § 2º, do CPC apenas possibilita que seja sanado o vício de representação processual constatado em documento já existente no processo, não abrangendo a hipótese de ausência de instrumento de mandato. III. No caso dos autos, constatou-se que o advogado subscritor do agravo de petição, ao tempo da interposição deste, não possuía procuração ou substabelecimento juntado aos autos, tampouco detinha mandato tácito em seu nome. IV. É inaplicável o item II da Súmula nº 383 do TST, que remete às situações em que já existe procuração ou substabelecimento do causídico nos autos e constata-se, na fase recursal, que esse instrumento está eivado de vício, o que diverge da hipótese em análise, que atrai a incidência do item I da referida súmula. V. Agravo interno de que se conhece e a que se nega provimento"[6].

"AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUR-

[6] Ag-AIRR-1150-58.2012.5.05.0025, 7ª Turma, Relator Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes, DEJT 01/09/2023.

> SO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/17. SUBSTABELECIMENTO CONFERIDO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. IRREGULARIDADE DE REPRESENTAÇÃO. VÍCIO INSANÁVEL. SÚMULA Nº 383 DO TST. TRANSCENDÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. 1. No momento da interposição do recurso de revista, o subscritor do apelo não possuía poderes nos autos, haja vista que o substabelecimento por meio do qual se pretendia conferir poderes ao referido advogado, foi conferido por causídico sem procuração nos autos. Ademais, não constava nos autos instrumento de mandato conferindo poderes ao advogado signatário do apelo para representar a parte recorrente em juízo, tampouco restou configurado mandato tácito. 2. Não se tratando das hipóteses previstas no art. 104 do CPC, tampouco de irregularidade em procuração ou substabelecimento já constante dos autos, mas de ausência de procuração ou substabelecimento outorgando poderes ao subscritor do recurso de revista, haja vista que o substabelecimento outorgado por quem não tem poderes para tanto é considerado inexistente, inviável cogitar designação de prazo para saneamento do vício na representação processual, como previsto no art. 76 do CPC. Precedente da SBDI-1 do TST. Agravo não provido[7].

Verifica-se, assim, que o Código de Processo Civil de 2015 procurou combater a chamada jurisprudência defensiva, mas os tribunais interpretam as novas regras da forma mais restritiva possível. Devem ser criados mecanismos legítimos capazes de limitar a quantidade de recursos nos tribunais superiores, de modo que eles possam atender à sua finalidade precípua, mas isso não deve ocorrer através da jurisprudência defensiva, que não tem qualquer previsão legal e cerceia o direito de defesa das partes.

Infelizmente, faz parte da nossa cultura jurídica a ideia de que as partes teriam direito de exaurir todas as possibilidades recursais, com minucioso exame de seu caso até mesmo pelas instâncias extraordinárias. Nunca se cogitou na doutrina pátria ou mesmo na internacional a existência de um "triplo grau de juris-

[7] Ag-AIRR-100502-85.2019.5.01.0079, 1ª Turma, Relator Desembargador Convocado Joao Pedro Silvestrin, DEJT 01/09/2023.

dição". Afinal, a questão já foi analisada por duas cortes competentes e qualificadas, não havendo necessidade de uma terceira (PRITSCH, 2023, p. 256). Desse modo, a subida de um recurso ao TST não é um direito subjetivo da parte, mas decorre do interesse público na uniformização jurisprudencial e aprimoramento do direito, sendo natural certa discricionariedade do tribunal superior para otimizar sua forma de trabalho e escolher os temas que melhor consubstanciam questões jurídicas importantes, onde entende necessária sua intervenção uniformizadora.

Nos tribunais regionais, ainda em primeiro juízo de admissibilidade, verifica-se que o seguimento do recurso de revista é, na imensa maioria das vezes, denegado pelos regionais. Infelizmente, nem sempre a decisão que denega seguimento ao recurso está devidamente fundamentada, não havendo uma análise minuciosa das questões que levaram à interposição do recurso, devido ao gigantesco volume de recursos apresentados, o que prejudica a recorribilidade da decisão e a segurança jurídica.

As decisões de trancamento pelos regionais deveriam funcionar como um filtro, para que apenas os recursos que preencham os requisitos de admissibilidade, aptos para julgamento, sejam remetidos ao tribunal superior. No entanto, o agravo de instrumento acaba sendo utilizado pelas partes na imensa maioria dos casos de trancamento da revista pelo regional.

Por ser um recurso cujo juízo de admissibilidade somente pode ser realizado pelo tribunal *ad quem*, não podendo ter seu seguimento negado pelo regional, o agravo de instrumento, necessariamente, será apreciado pelo TST. Em 2022, foram remetidos ao TST 336.176[8] agravos de instrumento em recurso de revista e em recurso ordinário. Esse número tende a crescer.

Em relação ao recurso extraordinário, existe a previsão do art. 1.042 do CPC e do art. 1.030, I do CPC, o qual determina o cabimento de agravo interno para impugnar a decisão que nega seguimento ao recurso extraordinário ou especial por conformidade do acórdão recorrido com o entendimento firmado em regime de repetitivos ou de repercussão geral. Dessa maneira, a questão é dirimida exclusivamente no tribunal de origem. A medida reduz o número de agravos a serem apreciados pelo STF.

---

8 Dados obtidos no site do TST. Disponível em: https://www.tst.jus.br/documents/18640430/24359788/Movimenta%C3%A7%C3%A3o+Processual+TRT+2022.pdf/7192f0ed-3089-7a34-fc8d-dfbec5a97b95?t=1645562544919.

Em 2020, o número de agravos de instrumento recebidos pelo STF foi 9 vezes menor que o recebido pelo STJ e 19 vezes menor que o recebido pelo TST (PRITSCH, 2023, p. 274). Logicamente, havendo negativa de seguimento do recurso extraordinário por outros motivos, como falta de pressupostos recursais ou conformidade com entendimentos sumulados, o remédio será a interposição do agravo em recurso extraordinário, que será remetido para julgamento pelo próprio STF.

A lógica dos tribunais superiores não é focar a justiça do caso concreto em cada um dos milhões de processos em trâmite no país. Não podem ser apenas uma terceira instância recursal. O julgamento de um recurso, pelo TST, não deve se ater ao interesse das partes, como se um direito subjetivo fosse, mas apenas ao interesse público na fixação de orientação aos jurisdicionados e demais tribunais. Por tal razão, a respectiva recorribilidade tem que ser restrita e sujeita a filtros que tenham certo grau de discricionariedade, como ocorre em diversos países, e não através da prática da jurisprudência defensiva, a qual considera apenas questões formais para a rejeição do recurso.

2 Histórico do Recurso de Revista

A origem dos recursos de natureza extraordinária no Brasil remonta à época imperial. O instituto teve sua origem no direito português e recebia o nome de "revista", sendo restrito seu cabimento à violação de lei em causas cíveis, e crimes, julgados pelos juízos de última instância.

A Constituição de 1891 passou a admitir recurso, para o Supremo Tribunal Federal, das sentenças das justiças dos estados, em última instância, nas seguintes hipóteses: "a) quando se questionar sobre a vigência, ou a validade das leis federais em face da Constituição, e a decisão do Tribunal lhes negar aplicação", ou, ainda, "b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas" e, "c) quando dois ou mais Tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos Tribunais referidos ou pelo Procurador Geral da República". Esse recurso não tinha denominação específica e só recebeu o nome de recurso extraordinário com a Constituição de 1934 (FACO, 2016, p. 120).

Em seara trabalhista, o Decreto-Lei nº 1.237/39 introduziu o recurso de revista no ordenamento. Ainda chamado de recurso

extraordinário, era o recurso cabível "quando a decisão do Conselho Regional der à mesma lei inteligência diversa da que tiver sido dada por outro Conselho ou pelo Conselho Nacional do Trabalho, caberá recurso para este".

O Decreto nº 6.596, de 12 de dezembro de 1940, também a ele se referiu como recurso extraordinário, nomenclatura já usada para o recurso dirigido ao STF, visando "promover a uniformidade jurisprudencial nas instâncias trabalhistas, eis que cabível quando configurada divergência entre os então Conselhos Regionais ou entre um destes órgãos e a ex-Câmara da Justiça do Trabalho ou o Conselho Nacional do Trabalho"

A CLT, em 1943, manteve a identidade de nomes, determinando o cabimento de o recurso extraordinário trabalhista "das decisões de última instância", quando: "a) derem à mesma norma jurídica interpretação diversa da que tiver sido dada por um Conselho Regional ou pela Câmara da Justiça do Trabalho"; e "b) proferidas com violação expressa de direito". Somente em 1949, através da Lei nº 861, é que a nomenclatura foi modificada de recurso extraordinário trabalhista para recurso de revista, já existindo um recurso com este nome previsto pelo Código de Processo Civil de 1939, com conteúdo diverso, como bem ressaltou Manoel Antonio Teixeira Filho (2022, p. 249):

> De qualquer forma, a providência não evitou que continuassem a existir – agora com outra denominação comum – dois recursos com nomenclatura idêntica, pois tanto o processo do trabalho quanto o civil continham o recurso de revista, embora se distinguissem, profundamente, quanto à finalidade. A revista do processo civil, aliás, era anterior à do processo do trabalho, uma vez que já prevista no CPC de 1939 (art. 853), que estava a viger quando surgiu a CLT. Essa duplicidade de recursos de revista no ordenamento processual brasileiro levou, a propósito, Russomano a sugerir, no anteprojeto do Código de Processo do Trabalho de 1963, que o trabalhista passasse a ser designado de *recurso de revisão*. Este anteprojeto, entretanto, foi abandonado, como ocorrera com o de 1952.
>
> Se a sugestão tinha o mérito de eliminar o problema de identidade terminológica para 14 recursos distintos, parece-nos, *data venia*, que incorria em sensível vício tautológico, porquanto a *revisão* é objeto comum a todos os recursos.

> Tanto isto é certo que se costuma aludir aos juízos *ad quem* como órgãos de revisão (ou reexame). Com o advento do CPC de 1973, contudo a questão ficou solucionada, pois esse Código eliminou o recurso de revista no âmbito daquele processo.

Posteriormente, a Lei nº 861/1949 ampliou o cabimento do recurso de revista para incluir a hipótese de violação à norma jurídica ou aos princípios gerais do direito, ao lado da interpretação divergente mantida na alínea "a" do art. 896 da CLT.

O art. 896 da CLT sofreu sucessivas alterações posteriores, em especial pela Lei nº 2.244/54, Decreto-Lei nº 229/67 e Lei nº 5.442/68, sendo mantido o cabimento por divergência jurisprudencial, porém limitado ao dissenso entre tribunais regionais acerca de interpretação da lei federal; inserido, na alínea "b" do art. 896, o cabimento da revista para abranger interpretação divergente de lei estadual, convenção coletiva, acordo coletivo, sentença normativa ou regulamento de empresa, desde que exceda a jurisdição do tribunal regional que proferiu a decisão recorrida; e violação a dispositivo de lei federal ou da Constituição. Foi também admitido o recurso de revista em sede de execução em caso de ofensa direta à Constituição Federal.

A Lei nº 9.957/2000, a qual instituiu o procedimento sumaríssimo, admitiu, no §6º do art. 896, a interposição de recurso de revista para o TST somente por contrariedade à súmula de jurisprudência uniforme do TST e violação direta da Constituição. A violação à lei federal não foi prevista como hipótese de cabimento neste tipo de procedimento.

Importante alteração no regramento foi trazida pela Lei nº 13.015/2014, a qual determinou a inclusão da súmula vinculante do STF como hipótese de cabimento da revista, a exigência de indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia, e uma regulamentação mais precisa da uniformização de jurisprudência. Foi também essa lei que inseriu os artigos 896-B e 896-C na CLT, instituindo na Justiça do Trabalho o procedimento para julgamento de recursos de revista repetitivos. A técnica já existia no processo civil com a Lei nº 11.418/2006 para o recurso extraordinário e com a Lei nº 11.5672/2008 para o recurso especial e passou a ser regulamentada também no processo do trabalho.

3 Pressupostos recursais

Nos termos do art. 896 da CLT, o recurso de revista é o recurso cabível das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos tribunais regionais do Trabalho.

O fato de o recurso de revista ser cabível apenas nos dissídios individuais não significa que não será cabível em ações coletivas, cuja competência originária é da Vara do Trabalho. O recurso de revista não é cabível das decisões em dissídios coletivos, os quais são ações de competência originária dos tribunais.

Trata-se de recurso sujeito a dois juízos de admissibilidade. O recurso pode ter seu seguimento negado pelo tanto Tribunal Regional, em um primeiro juízo de admissibilidade como pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Para que o recurso de revista seja conhecido, é necessária a observância dos pressupostos recursais genéricos, que devem ser observados por todo e qualquer recurso, bem como dos específicos, os quais dizem respeito a características especiais do próprio recurso de revista. Passemos à análise de alguns pressupostos específicos desse recurso.

3.1 Prequestionamento

Por ser um recurso de natureza extraordinária, um dos pressupostos que deve ser observado é o **prequestionamento**. Para que determinada matéria possa ser apreciada mediante recurso de revista, é necessário que ela tenha sido examinada pela decisão impugnada. Significa dizer que a matéria ventilada no recurso deve ter sido discutida na instância ordinária.

O prequestionamento não pode ser exigido em recursos de natureza ordinária, mas tão somente em recursos de natureza extraordinária. Desta forma, afasta-se a obrigatoriedade, inclusive quando o TST ocupa tal função, como ocorre, por exemplo, nos processos de competência dos tribunais regionais, quando o TST é competente para o julgamento do recurso ordinário.

O requisito do prequestionamento não está previsto em lei, sendo uma construção jurisprudencial. No entanto, a Lei nº 13.015/2014, que incluiu o §1º-A do art. 896 da CLT, faz referência expressa ao termo. Posteriormente, o instituto também foi citado no art. 1.025 do CPC.

Segundo Manoel Antonio Teixeira Filho (2022, p. 263),

> Conquanto o vocábulo prequestionamento não se encontre dicionarizado, esse neologismo signifi-

> ca, na terminologia processual, o ato de discutir-se, de ventilar-se, de questionar-se, de maneira prévia, perante o órgão *a quo*, determinada matéria ou tema, a fim de que o tribunal possa reexaminá-lo, em grau de recurso de natureza extraordinária (usada a expressão, aqui, em contraposição ao recurso *ordinário*)

Discorre, ainda, o autor:

> A exigência de que a parte interessada ventile a questão, no âmbito do juízo emissor do acórdão a ser impugnado mediante *recurso de natureza extraordinária* decorre, em tese, da necessidade de o órgão *ad quem* poder, em face disso, subsumir o tema à moldura legal e, em consequência, formular sobre o mesmo um juízo de valor. Como argumentou, certa feita, em voto, o Min. Marco Aurélio de Farias Mello: "A exigência do prequestionamento não decorre de simples apego a determinada forma. A razão de ser do instituto está na necessidade de proceder-se ao cotejo para, somente então, assentar-se o enquadramento do recurso no permissivo próprio".

A primeira aparição do prequestionamento surge no direito norte-americano, como *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789, o qual exigia, de modo expresso, que houvesse sido arguida a aplicação ou incidência da lei questionada. Era imposta pelo direito e reconhecida pela doutrina a exigência de prévia discussão da validade da lei ou do tratado, sem o qual ficava impossibilitado o acesso à Corte Suprema.

No Brasil, o primeiro diploma a prever o instituto foi o Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890, que foi inspirado no *Judiciary Act*. Foi também previsto pela Constituição de 1891, a qual exigia o prequestionamento como requisito essencial para interposição de recurso extraordinário ao STF. A previsão se repetiu também nas Constituições de 1934 e 1937. Na Constituição de 1946, tal exigência desapareceu. Posteriormente, em virtude do excesso de processos a serem julgados no STF, este cuidou de estabelecer, através de súmula, a exigência do prequestionamento.

Até o advento da Lei nº 13.015/14, que incluiu o §1º-A do art. 896 da CLT, não havia qualquer previsão legal quanto ao

prequestionamento, mas a matéria era didaticamente tratada pelo TST através da Súmula nº 297, a qual, além de definir o instituto, trazia regras quanto ao seu procedimento. Nos termos da referida súmula: "Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito".

Dispõe, ainda, que é ônus da parte interessada opor embargos de declaração em caso de omissão, considerando-se prequestionada a matéria, mesmo que o Tribunal se omita sobre a questão. Esse entendimento sumular surgiu porque parte da doutrina e da jurisprudência entendia que, havendo omissão do tribunal, a parte deveria interpor recurso de revista da decisão omissa, devendo o juízo *ad quem*, em caso de provimento do recurso, devolver o processo para o *juízo a quo*, para se manifestar sobre a matéria. Prevalecia o entendimento de que, não havendo tese explícita, não poderia se falar em prequestionamento.

Esta é a tese adotada pelo STJ, que determina, em sua Súmula nº 211, que é "inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*".

Nos termos da Súmula nº 297 do TST, "considera-se prequestionada questão jurídica, mesmo que o tribunal se omita quanto a ela após a interposição de embargos declaratórios". Tem-se aqui o chamado prequestionamento ficto.

Quando o objeto dos embargos de declaração for o prequestionamento, não se pode falar em embargos protelatórios, sendo inaplicável a multa do §2º do art. 1.026 do CPC. Neste sentido, a Súmula nº 98 do STJ.

A Lei nº 13.015/2014 trouxe mudanças significativas na sistemática recursal. Embora tenha alterado apenas quatro artigos celetistas e introduzido apenas dois novos (os artigos 896-B e 896-C), alterou profundamente o sistema recursal, abrangendo quase todos os recursos, pois trouxe modificações não só para o recurso de revista, mas também para o recurso de embargos, ordinário, embargos de declaração e para o agravo de instrumento.

O texto da lei foi baseado em um anteprojeto elaborado, acima de tudo, pelos próprios ministros do TST, que buscou tornar mais cristalinos os requisitos de admissibilidade do recurso de revista. Em diversas passagens, apenas incorporou ao direito soluções já consagradas pela jurisprudência.

Importante alteração promovida pela Lei nº 13.015/2014, a qual impactou o trabalho, tanto para os advogados quanto para os tribunais na análise de admissibilidade do recurso de revista,

foi a inserção do §1ºA do artigo 896, que criou para o recorrente o ônus de indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia. Foram consagrados os entendimentos previstos nas Súmulas 337 e 442 do TST. A medida tem como objetivo afastar os recursos genéricos, que não impugnam a essência da decisão recorrida.

Embora a redação da lei determine que basta a indicação do trecho, o TST exige sua transcrição. A SDI I do TST já possui entendimento firmado no sentido de que a transcrição integral do acordo ou do respectivo capítulo da decisão que trata da matéria, sem qualquer destaque, não é capaz de satisfazer o requisito da lei. A transcrição integral dos tópicos só vem sendo aceita quando a decisão for extremamente objetiva e sucinta, havendo certo grau de subjetividade na avaliação desse pressuposto.

Essa determinação de transcrição do trecho somente tem relevância quando a tese tenha sido adotada explicitamente na decisão. No prequestionamento ficto, como o tribunal não respondeu, mesmo provocado, seria ilógico deixar de conhecer o recurso sob o fundamento de não haver obedecido esse pressuposto intrínseco, considerando que a omissão não se deve à parte, mas sim ao órgão prolator da decisão. Além disso, o CPC, em seu art. 1.025, admite a existência do prequestionamento ficto.

Importante ressaltar, também, que o prequestionamento ficto somente é aplicável na hipótese de questão jurídica, mantendo-se a exigência do prequestionamento em relação à matéria de fato. Assim, se o Tribunal Regional for instado a se manifestar sobre determinado fato, por meio de embargos de declaração, e negar a existência de omissão, não haverá prequestionamento ficto, admitindo-se o recurso de revista por negativa de prestação jurisdicional.

Havendo alegação de negativa de prestação jurisdicional, é ônus do recorrente transcrever também o trecho da petição de embargos de declaração em que foi pedido o pronunciamento do tribunal e o trecho do acórdão que rejeitou os embargos quanto ao pedido, para cotejo e verificação, de plano, da omissão. Trata-se de exigência incluída pela Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista).

A OJ 62 da SDI I do TST esclarece que, mesmo que se trate de matéria de ordem pública, é necessário o prequestionamento. Aqui, se trata tão somente do juízo de admissibilidade do recurso, não sendo vedado ao tribunal superior conhecer de ofício as

questões de ordem pública relacionadas ao capítulo impugnado. Nas palavras de Fredie Didier Jr (2012, p. 322):

> Poderá o STF/STJ analisar matéria que não foi examinada na instância *a quo*, pois o prequestionamento diz respeito ao juízo de admissibilidade. O juízo de rejulgamento da causa é diferente do juízo de admissibilidade do recurso extraordinário: para que admita o recurso é indispensável o prequestionamento, mas uma vez admitido, no juízo de rejulgamento não há qualquer limitação cognitiva, a não ser a limitação horizontal estabelecida pelo recorrente (extensão do efeito devolutivo). Conhecido o recurso excepcional, a profundidade do efeito devolutivo não tem qualquer peculiaridade. Nada há de especial no *julgamento* de um recurso excepcional; o excepcional em recurso excepcional está em seu juízo de admissibilidade, tendo em vista as estritas hipóteses de cabimento.
> (...)
> Para fins de impugnação (efeito devolutivo), somente cabe o recurso extraordinário/especial se for previamente questionada, pelo tribunal recorrido, determinada questão jurídica. Para fins e julgamento (efeito translativo ou profundidade do efeito devolutivo), porém, uma vez conhecido o recurso extraordinário/especial, poderá o tribunal examinar todas as matérias que possam ser examinadas a qualquer tempo, inclusive a prescrição, decadência, e as questões de ordem pública de que trata o §3º do art. 485 do CPC, "porque não é crível que, verificando a nulidade absoluta ou até a inexistência do processo [ou do próprio direito, acrescente-se], profira decisão eivada de vício, suscetível de desconstituição por meio de ação rescisória ou ação declaratória de inexistência de decisão".

O TST, em sua OJ 119 da SDI I, atenua a exigência de prequestionamento na hipótese em que a violação tenha nascido na própria decisão recorrida, permitindo que a parte possa recorrer sem que haja necessidade de prequestionamento e até mesmo de interpor embargos de declaração, uma vez que já existe tese jurídica clara e expressa sobre o tema. Com efeito, não significa que não haja prequestionamento, como diz a orientação, mas

sim que ele já está presente. Podemos citar como exemplos os julgamentos "ultra", "extra" ou "citra" *petita*, que são hipóteses em que a parte não poderia ter tratada da matéria ventilada, pois inexistia quando da interposição do recurso ordinário.

Acórdão que simplesmente adota fundamentos da sentença não preenche o prequestionamento, conforme disposto na OJ 151 da SDI I do TST. É fundamental que a matéria seja tratada no acórdão, ainda que já tratada na sentença.

A motivação *per relationem* – possibilidade de o julgador referir-se aos fundamentos da decisão recorrida, ao parecer do Ministério Público ou às informações da autoridade coatora, no momento de proferir seu julgamento – é admitida, sendo considerada compatível com o art. 93, IX da CRFB.

A técnica é admitida também pelo STF, como pode ser verificado no julgamento do AI 825520 de São Paulo:

> Reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação "*per relationem*", que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir.

Para o STJ, é necessário que haja transcrição expressa dos trechos importados, não bastando a mera referência a outra decisão, como pode ser verificado no julgamento do HC 242.767 de São Paulo:

> No caso específico dos autos, contudo, o Tribunal de origem não se desonerou do dever constitucional de fundamentação previsto no art. 93, inciso IX, da Constituição da República, pois se limitou a fazer referência aos argumentos da sentença condenatória e ao parecer ministerial, sem apontar os trechos cuja concordância permitia afastar as alegações defensivas e sem tampouco agregar fundamentos próprios que, ainda que concisos, justificassem o desprovimento do recurso, tornando

> impossível às partes e à sociedade como um todo avaliar as razões em tese incorporadas à decisão, com notória violação ao princípio do duplo grau de jurisdição.

O TST também admite essa técnica de motivação:

> AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E ANTERIOR À LEI Nº 13.467/2017. PROLAÇÃO DE JULGAMENTO PELA TÉCNICA DA MOTIVAÇÃO RELACIONAL. ADICIONAL DE ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO E COLETA EXTERNA (AADC). ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. MULTA POR ED PROTELATÓRIOS. No caso concreto, o Relator, pela via monocrática, manteve, pelos próprios e jurídicos fundamentos, a decisão objeto de recurso. Registre-se que a motivação por adoção das razões da decisão recorrida não se traduz em omissão no julgado ou na negativa de prestação jurisdicional. Isso porque a fundamentação utilizada pela instância ordinária se incorpora à decisão proferida pela Corte revisora - e, portanto, a análise dos fatos e das provas, bem como do enquadramento jurídico a eles conferido. Dessa forma, considerando-se que o convencimento exposto na decisão recorrida é suficiente para definição da matéria discutida em Juízo, com enfrentamento efetivo dos argumentos articulados pela Parte Recorrente, torna-se viável a incorporação formal dessa decisão por referência. Ou seja, se a decisão regional contém fundamentação suficiente - com exame completo e adequado dos fatos discutidos na lide e expressa referência às regras jurídicas que regem as matérias debatidas -, a adoção dos motivos que compõem esse julgamento não implica inobservância aos arts. 93, IX, da CF/88, e 489, II, do CPC/2015. Assim sendo, a prolação de julgamentos pela técnica da motivação relacional não viola os princípios e garantias constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), além de preservar o direito à razoável celeridade da tramitação processual (art. 5º, LXXVIII). Revela-se, na prática, como ferramenta apropriada de racionalização da atividade jurisdicional. Nesse

> sentido, inclusive, posiciona-se a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual a confirmação integral da decisão agravada não implica ausência de fundamentação, não eliminando o direito da parte de submeter sua irresignação ao exame da instância revisora. No mesmo sentido, decisões proferidas pelo STF. Assim sendo, a decisão agravada foi proferida em estrita observância às normas processuais (art. 557, caput, do CPC/1973; arts. 14 e 932, IV, "a ", do CPC/2015), razão pela qual é insuscetível de reforma ou reconsideração. Agravo desprovido" (Ag-AIRR-11255-28.2016.5.18.0111, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 18/08/2023).

Desse modo, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional quando utilizada a técnica da motivação *per relationem.* No entanto, nos processos submetidos ao procedimento ordinário, para que haja prequestionamento, é necessário que haja, ao menos, transcrição dos motivos assentados na sentença.

A exigência da OJ 151 da SDI I do TST não se aplica aos processos do rito sumaríssimo. Nesse rito, a motivação *per relationem* foi expressamente prevista no art. 895, §1º, IV da CLT, o qual declara que "se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão". Assim, a adoção pelos tribunais dos fundamentos da decisão recorrida por seus próprios fundamentos, como razão de decidir, está prevista na própria CLT, sendo inaplicável o disposto na referida OJ.

3.2 Impossibilidade de reexame de fatos e provas

A **impossibilidade de reexame de fatos e provas** é considerada um pressuposto negativo do recurso de revista e consta expressamente da Súmula nº 126 do TST. O que se discute em recursos de natureza extraordinária é o direito objetivo e não o direito subjetivo das partes. Vedação no mesmo sentido é encontrada nas Súmulas nº 279 do STF e nº 7 do STJ.

A propósito, no que respeita a esse caráter conferido ao recurso de revista, ensina Estevão Mallet (1995, p. 99):

> A finalidade para a qual se instituiu o recurso de revista não foi a tutela do direito subjetivo dos litigantes, mas a preservação da integridade do

> direito objetivo, tanto com a garantia de observância da lei posta como com a busca de uniformidade jurisprudencial, verdadeira decorrência do princípio constitucional da igualdade. Decorre daí ser despicienda a reapreciação, em recurso de revista, do aspecto fático da controvérsia, uma vez que o julgamento em que se apreciou mal a prova, podendo causar lesão ao direito das partes, em nada abala o ordenamento jurídico. Trata-se de *sententia lata contra ius litigatoris* injusta com toda a certeza, mas cuja correção não se mostra viável por meio de recurso de revista, e que não se confunde com a *sententia contra ius in thesi*, essa sim passível de reforma por meio de impugnação extraordinária, dado incorrer o Juiz em erro na interpretação ou na aplicação do direito objetivo."

Nestes recursos de natureza extraordinária, o direito subjetivo pode ser tutelado somente de modo indireto, ou seja, a tutela do direito objetivo pode provocar benefícios para o direito subjetivo. É permitido ao tribunal superior fazer a qualificação jurídica dos fatos, os quais devem constar do acórdão regional.

O TST não pode ampliar nem restringir os fatos já sedimentados pelo tribunal regional. A reapreciação da prova é vedada em sede de recurso de revista; contudo, o correto enquadramento jurídico dos fatos se traduz em análise de matéria de direito. O TST não é terceiro grau de jurisdição, mas grau especial, extraordinário. O regional analisa os fatos e as provas e lhes dá o enquadramento jurídico. O TST verifica se está correto ou não o enquadramento jurídico dado aos fatos e às provas na decisão recorrida.

Neste sentido, já se posicionou o STF[9:]:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MOLDURA FÁTICA. INTANGIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES. No julgamento de recurso de natureza extraordinária, há de se distinguir entre o revolvimento de fatos e provas coligidos na fase de instrução e o enquadra-mento jurídico da matéria contida no próprio acórdão impugnado. A vedação limita-se ao assentamento de moldura fática diversa da retratada pela Corte

[9] RE 182.555/MG.

de origem para, à mercê de acórdão inexistente, concluir-se pelo conhecimento do recurso.

3.3 Transcendência

Outro pressuposto do recurso de revista é a **transcendência**. O recurso de revista somente será analisado se o oferecer transcendência em relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, conforme disciplinado no art. 896-A da CLT, inserido pela Medida Provisória nº 2.226/2001.

É um requisito específico do recurso de revista, de modo que sua apreciação será realizada somente pelo TST, quando do segundo juízo de admissibilidade.

O instituto se aproxima da repercussão geral exigida do recurso extraordinário para o STF, sendo um pressuposto intrínseco do recurso de revista, devendo ser o último a ser analisado pelo TST. Tem como objetivo racionalizar a admissibilidade dos recursos de revista interpostos perante o TST e, consequente-mente, agilizar o julgamento dos processos analisados pelo tribunal superior.

Até a Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista), o dispositivo não havia sido regulamentado, nem era utilizado pelo TST. O art. 2º da Medida Provisória nº 2.226/01 determinava que o dispositivo não era autoaplicável e dependia de regulamentação pelo TST, que nunca ocorreu. Em outubro de 2009, o TST chegou a instituir uma Comissão temporária, destinada a estudar a viabilidade da regulamentação interna, a qual não teve sucesso em disciplinar o artigo.

A dificuldade de regulamentação do TST decorria, principalmente, da inexistência de consenso quanto ao alcance da transcendência e sobre seu processamento. Divergia-se, por exemplo, se a turma recursal seria responsável por declarar a transcendência e se essa decisão poderia ser alterada pelo plenário ou por seção especializada. Questionava-se, também, se todos os recursos de revista deveriam ser dirigidos ao plenário, em virtude da repercussão nacional da matéria, o que seria inviável diante da grande quantidade de recursos interpostos. Assim, a comissão nomeada pelo TST para regulamentação em regimento interno do critério da transcendência, em junho de 2010, concluiu por rechaçar a viabilidade técnica de regulamentação da transcendência, sobretudo, em face da multiplicidade de temas objeto do recurso de revista.

O projeto de lei nº 3.267/00, anterior à própria Medida Provisória, previa critérios diversos para a caracterização da transcendência:

> Art. 896-A. O Tribunal Superior do Trabalho não conhecerá de recurso oposto contra decisão em que a matéria de fundo não ofereça transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza jurídica, política, social ou econômica.
> § 1º Considera-se transcendência:
> I - Jurídica, o desrespeito patente aos direitos humanos fundamentais ou aos interesses coletivos indisponíveis, com comprometimento da segurança e estabilidade das relações jurídicas;
> II - Política, o desrespeito notório ao princípio federativo ou à harmonia dos Poderes constituídos;
> III - Social, a existência de situação extraordinária de discriminação, de comprometimento do mercado de trabalho ou de perturbação notável à harmonia entre capital e trabalho;
> IV - Econômica, a ressonância de vulto da causa em relação a entidade de direito público ou economia mista, ou a grave repercussão da questão na política econômica nacional, no segmento produtivo ou no desenvolvimento regular da atividade empresarial.
> § 2º O Tribunal, ao apreciar recurso oposto contra decisão que contrarie a sua jurisprudência relativa à questão transcendente, salvo o caso de intempestividade, dará prazo para que a parte recorrente supra o não-preenchimento de pressuposto extrínseco do recurso.
> § 3º O Tribunal não conhecerá de recurso fundado em aspecto processual da causa, salvo com apoio em disposição constitucional direta e literalmente violada, quando o tema de fundo estiver pacificado em sua jurisprudência no sentido da decisão proferida pelo tribunal inferior.

Antes, porém, que o Congresso Nacional pudesse examinar este projeto de lei, adveio a Medida Provisória n.º 2.226, de 4 de setembro de 2.001, cujo art. 1º conferiu ao art. 896-A a seguinte redação: "O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica".

Como a Lei nº 13.467/17 acrescentou os §§ 1º ao 6º ao art. 896-A da CLT, regulamentando os indicadores da transcendência, bem como o procedimento de sua verificação, ele passa a ser aplicável aos recursos de revista, não mais dependendo de regu-

lamentação pelo TST, o que não impede que seja expedida instrução normativa posteriormente regulando outros aspectos da transcendência.

A análise da existência ou não da transcendência é exclusiva do TST, vedada sua análise pelo juízo *a quo*. O relator monocraticamente poderá denegar seguimento ao recurso de revista que não demonstrar transcendência, cabendo agravo da decisão ao colegiado. Diferentemente da repercussão geral do recurso extraordinário para o STF, negada apenas pelo órgão colegiado com quórum qualificado de 2/3 dos membros do tribunal, a transcendência no recurso de revista é bem mais restritiva, podendo ser analisada monocraticamente pelo relator. Da decisão monocrática que denegou seguimento ao recurso de revista por ausência de transcendência, é cabível agravo interno, sendo resguardada às partes a realização de sustentação oral sobre a questão durante 5 minutos em sessão. A decisão do agravo é irrecorrível.

A CLT não exige que a manifestação da transcendência seja feita em tópico específico do recurso. O TST permite a análise de ofício da transcendência, além de obstar qualquer verificação pelos regionais acerca da transcendência.

No tocante à repercussão geral, o CPC de 1973 exigia que sua existência fosse demonstrada pelo recorrente em preliminar do recurso, sendo necessário um tópico específico para a demonstração da repercussão. O Código de 2015 não reproduziu essa exigência. O art. 1.035, §2º determina que o recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo STF. Assim, atualmente, a repercussão geral pode ser demonstrada nas próprias razões recursais. Nesse sentido, dispõe ainda o enunciado 224 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "a existência de repercussão geral terá de ser demonstrada de forma fundamentada, sendo dispensável sua alegação em preliminar ou em tópico específico".

A transcendência como pressuposto de admissibilidade dos recursos de revista deveria ter aproximado o TST do STF em termos de escolha discricionária dos casos com importância suficiente para serem julgados por uma corte superior. Porém, o STF tem obtido melhores resultados com a sistemática da repercussão geral como filtro de processos. Para o STF, a própria decisão sobre haver ou não repercussão geral já configura um precedente qualificado, trazendo importantes efeitos para a gestão de processos em massa. Ainda que não seja possível comparar com a realidade da Suprema Corte dos Estados Unidos, onde há

total discricionariedade na escolha dos casos para julgamento, o caminho da concentração do TST nos casos que interessem a formação de precedentes qualificados e pacificação do sistema é promissor[10].

Conclusão

Mesmo com tantos obstáculos, o volume de recursos de revista e agravos de instrumento recebidos pelo TST é superior à sua capacidade de apreciá-los, gerando um déficit e demora na entrega da prestação jurisdicional, o que compromete o efetivo acesso à justiça.

O TST, enquanto instância final da Justiça do Trabalho, não pode ser considerado apenas como uma terceira instância. Deve ser feita uma escolha criteriosa dos processos submetidos à sua apreciação, com predefinição de critérios claros, ainda que seja previsto certo grau de subjetividade, o que é próprio das cortes superiores. Esses critérios devem considerar a função nomofilácia das cortes de vértice. A prática da jurisprudência defensiva deve ser combatida.

Referências

ALVIM, Tereza Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos Tribunais Superiores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Manual de processo do trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2019

BRANDÃO, Cláudio. **Reforma do sistema recursal trabalhista – comentários a Lei nº 13.015/2014**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BUZAID, Alfredo. **A crise do Supremo Tribunal Federal.** Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no dia 06 de abril de 1960. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66355/68965. Acesso em: 01 set. 2023.

DIDIER Jr, Freddie. CUNHA, Leonardo Jose Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais**. 13. ed. São Paulo: Juspodivm, 2016.

FACO, Juliane Dias. **Recursos de revista repetitivos: Consolidação do precedente judicial obrigatório no ordenamento trabalhista.** São Paulo: LTr, 2016.

[10] PRITSCH, Cesar Zucatti. **O TST enquanto corte de precedentes.** São Paulo: Mizuno, 2023.

MALLET, Estêvão. **Reflexões sobre a Lei nº 13.015/2014.** Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/79413/2014_mallet_estevao_reflexoes_lei13015.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 01 set. 2023.

MARTINEZ, Luciano; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; SILVA, Bruno Freire e. **Curso de direito processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

MIESSA, Élisson. **Manual dos recursos trabalhistas – teoria e prática.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PRITSCH, Cesar Zucatti. **O TST enquanto corte de precedentes.** São Paulo: Mizuno, 2023.

SCHIAVI, Mauro. **Manual dos recursos no processo do trabalho.** 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Sistema dos recursos trabalhistas.** 14. ed. São Paulo: LTr, 2022.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Perlustrações à Lei nº 13.015/2014**. Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 4, out/dez 2014. Disponível em https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/79417/011_teixeira_filho.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 01 set. 2023.

A recuperação judicial do produtor rural e suas particularidades

Paola Cristina Rios Pereira Fernandes
Advogada da CAIXA em Mato Grosso
Pós-graduada em Direito Empresarial pela Universidade Federal de Mato Grosso

RESUMO

O escopo do presente artigo é abordar os requisitos legais exigidos para se permitir o uso da recuperação judicial pelo produtor, enquanto empresário rural, bem como analisar os créditos sujeitos, ou não, aos efeitos do regime recuperacional por ele deflagrado.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Produtor rural. Sujeição de créditos. Extraconcursalidade.

ABSTRACT

The scope of this article is to address the legal requirements required to allow the use of judicial recovery by the producer, as a rural entrepreneur, as well as to analyze the credits subject, or not, to the effects of the recovery regime that he triggered.

Keywords: Judicial recovery. Rural producer. Credit subjection. Extra-competition.

Introdução

O escopo deste trabalho, para além de estabelecer premissas básicas acerca do agronegócio, da atividade rural e do produtor rural, é abordar os aspectos legislativos e jurisprudenciais para o enquadramento do produtor como empresário rural, a merecer as benesses da Lei nº 11.101/2005, entre as quais, a comprovação do exercício da atividade rural pelo biênio legal.

Igualmente, pretendeu-se com este trabalho discorrer sobre a sujeição dos créditos constituídos em face do empresário rural, aos efeitos da recuperação judicial por ele deflagrada, levando-se em consideração as particularidades da atividade desempenhada.

Com essas breves considerações introdutórias e sem a intenção de esgotar o assunto, passamos a tratar de forma detalhada, nos tópicos subsequentes, as minúcias que envolvem o tema.

1 Premissas básicas

Inicialmente, asseveramos que, para melhor desenvolver o tema proposto, se faz necessário salientar a extrema relevância do papel do agronegócio no cenário nacional, bem ainda do produtor rural na condição de seu principal personagem, destacando o reflexo desse setor na manutenção e no avanço do PIB – Produto Interno Bruto do país.

O termo agronegócio foi calcado com base na expressão *agribusiness*, a qual define a matriz insumo-produto no contexto dos negócios agrícolas como sendo a soma das operações de produção, armazenamento, processamento, distribuição, comercialização e industrialização de produtos agropecuários (tratando-se este último da primeira industrialização realizada pelos próprios produtores ou por suas respectivas cooperativas).

Por outro lado, com fundamento nas lições empreendidas por José Leirião Filho, Letícia Bedim, Ana Beatriz Ramos e Bruno Henrique Rosa (BEDIN, *et al*. 2022, p. 16), o conceito de atividade rural pode ser facilmente extraído da teoria da *agrariedade* (CARROZZA e ZELEDON, 1990, p. 319), segundo a qual a atividade rural nada mais é do que o desenvolvimento de um ciclo biológico, animal ou vegetal, vinculado à exploração das forças e dos recursos naturais com intuito lucrativo. Em outras palavras, a atividade rural, no âmbito do agronegócio, representa única e tão somente a etapa alusiva à produção rural, tratando-se, portanto, de atividade exercida pelas agroindústrias e pelo produtor rural.

Na linha dos apontamentos ora apresentados, ressaltamos o quanto disposto na Instrução Normativa nº 2.110/2022 da Receita Federal do Brasil, que dispõe sobre as normas gerais de tributação previdenciária e arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social, onde se depreende ser produtor rural toda pessoa física ou jurídica que desempenha atividade rural em caráter permanente ou temporário. Do exposto:

> Art. 146. Considera-se:
> I - produtor rural, a pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, que desenvolve, em área urbana ou rural, atividade agropecuária, pesqueira

> ou silvicultural, bem como a extração de produtos primários, vegetais ou animais, em caráter permanente ou temporário, diretamente ou por intermédio de prepostos, (...).

Em consonância com a Instrução Normativa nº 2.110/2022 da Receita Federal do Brasil, Renato Buranello (2021, p. 229) dispõe que:

> O fator determinante para a caracterização do produtor rural, empresário rural ou empresa rural é a atividade, qual seja, a sucessão encadeada e organizada de produção e circulação para o mercado de bens abrangidos por agricultura, pecuária, reflorestamento, pesca e aquicultura, resultantes da produção e circulação de bens destinados ao mercado.

Ultrapassadas as questões preliminares atinentes à definição de agronegócio, da atividade rural e do produtor rural, passamos a nos ocupar do enquadramento do produtor rural como empresário, com o fito de lhe assegurar e examinar a utilização dos instrumentos regulados pela Lei nº 11.101/2005.

2 Do empresário rural

Tomando como base as premissas iniciais analisadas em linhas pretéritas, não há dúvidas de que o produtor rural desempenha um relevante papel no cenário econômico nacional, alavancando exponencialmente o nosso PIB.

Contudo, para melhor contextualizar o enquadramento do produtor rural como empresário, de modo a lhe assegurar as benesses oriundas da Lei nº 11.101/2005, imperioso se faz iniciar a análise do quanto disposto no art. 1º da LRF[1], na medida em que o preceito legal ali contido estabelece que os institutos regulados pela legislação em comento se prestam a amparar o empresário e a sociedade empresária, objetivando-lhes auxiliar em sua reestruturação econômico-financeira. A partir daí, questiona-se: quem seriam os empresários e as sociedades empresárias alcançadas pelo aludido diploma legal?

---

[1] Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

Para responder a esse questionamento, nos valemos da definição de empresário e sociedade empresária encartada no art. 966 do Código Civil, segundo a qual *"considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços"*.

Com essas considerações, podemos afirmar que a atividade empresarial, além de possuir finalidade lucrativa, é o exercício profissional de atividade econômica organizada, com vistas à produção ou à circulação de bens ou serviços.

Dentro dessa concepção, importa-nos ressaltar o teor do art. 967 do Código Civil[2], em que se estabelece ser obrigatória a inscrição do empresário ou da sociedade empresária no Registro Público de Empresas Mercantis, cuja natureza desse registro é meramente declaratória, o que significa dizer que o referido registro não é requisito essencial para a **caracterização** da condição de empresário.

Entretanto, quando se tratar de agente econômico que exerça atividade rural profissional e organizada, o registro público referido no art. 967 do CC se traduz em uma faculdade, que, ao ser exercida, equipara o referido produtor rural ao empresário sujeito a registro, conforme se depreende dos artigos 971 e 984 do mesmo diploma legal. Vejamos:

> Art. 971. **O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode**, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, **requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro**.
> Parágrafo único. Aplica-se o disposto no *caput* deste artigo à associação que desenvolva atividade futebolística em caráter habitual e profissional, caso em que, com a inscrição, será considerada empresária, para todos os efeitos. (Grifo nosso).
>
> Art. 984. **A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de soci-**

[2] Art. 967. É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.

> **edade empresária, pode**, com as formalidades do art. 968, **requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária**.
> Parágrafo único. Embora já constituída a sociedade segundo um daqueles tipos, o pedido de inscrição se subordinará, no que for aplicável, às normas que regem a transformação. (Grifo nosso).

Nesse diapasão, podemos afirmar, categoricamente, que toda celeuma jurídica atribuída ao tema encontra guarida justamente nesta faculdade conferida ao produtor rural e nos efeitos decorrentes do seu exercício. Oportunamente, destacamos o fato de que a conjugação da norma inserida no art. 1º da LRF com os artigos 971 e 984 do CC nos induz à conclusão de que a inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas é indispensável para que este faça jus aos instrumentos jurídicos disponibilizados pela Lei nº 11.101/2005.

Com esse horizonte, sublinhamos que, antes do julgamento do Recurso Especial nº 1.811.953/MT, a doutrina especializada no assunto se dividia em duas correntes interpretativas acerca da natureza jurídica da inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas. De um lado, parte da doutrina defendia a natureza constitutiva do registro, enquanto outra parte defendia a se tratar de natureza declaratória.

Para a corrente doutrinária que defendia a natureza constitutiva do registro, a inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas geraria efeitos *ex nunc*, o que significa dizer que somente a partir daquele momento, a despeito do prévio exercício de atividade econômica organizada, o produtor rural se submeteria ao regime empresarial, equiparando-se, portanto, à figura do empresário para, então, fazer jus às benesses conferidas a esses agentes econômicos.

Vale dizer que, para esta corrente, o tempo de inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas seria crucial para lhe conferir o direito aos benefícios da LRF (atendimento do biênio legal).

Em sentido oposto, a segunda corrente doutrinária defendia que a inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas, tal como para o empresário comum, se revestia de natureza meramente declaratória, porquanto a constituição do

empresário rural decorreria, única e exclusivamente, do desenvolvimento regular e profissional de atividade econômica rural organizada, com vistas à produção e circulação bens e serviços, de modo que a sua inscrição no Registro Público de Empresas gerava efeitos *ex tunc*.

Para essa segunda corrente, a inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas por prazo inferior ao biênio legal não lhe retira o direito de usufruir das benesses oriundas da LRF, desde que o efetivo exercício da atividade rural por prazo superior a dois anos possa ser comprado por outros meios de prova.

Perfilhando do posicionamento adotado pela segunda corrente, Francisco Satiro (2020, p. 8) leciona no sentido de que a atividade exercida pelo produtor rural, além de se enquadrar como sendo empresária é, também, regular, independentemente de qualquer registro. Do exposto:

> Pelo art. 966, portanto, não é o registro que faz de alguém, empresário, mas o fato de exercer atividade empresária. Antes da inscrição – e, portanto, da declaração pública do seu estado – o agente que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços já é empresário, mas por conta da obrigatoriedade do art. 967, exerce irregularmente a empresa. Ocorre que o art. 967 não se aplica ao produtor rural por conta do comando do art. 971. **Logo, sua atividade é empresária e regular independentemente de qualquer registro**, tenha ele efeito declaratório ou constitutivo. No caso dos empresários rurais a inscrição simplesmente atrai a incidência do regime jurídico especial de empresário. **A grande diferença de tratamento entre os empresários rurais e os demais é aqueles (rurais) serão regulares mesmo sem inscrição prévia, mas a eles não se aplicará o regime jurídico dos empresários antes de optarem pelo registro;** enquanto estes (os empresários ordinários), serão considerados irregulares antes da inscrição mas se submeterão ao regime jurídico da empresa – sendo-lhes restritas, no entanto, as prerrogativas do empresário regular (como a eficácia probatória dos livros, o pedido de falência de outro empresário e a recuperação judicial). (Grifo nosso).

Nessa toada, o julgamento do Recurso Especial nº 1.811.953/MT, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, ocorrido em 06/10/2020, colocou uma pá de cal nesse imbróglio jurídico para se assentar que a inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas possui natureza jurídica meramente declaratória, na medida em que apenas formaliza e declara a qualificação jurídica de empresário, tal como se verifica no seguinte arresto:

> RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL EFETUADO POR EMPRESÁRIO INDIVIDUAL RURAL QUE EXERCE PROFISSIONALMENTE A ATIVIDADE AGRÍCOLA ORGANIZADA HÁ MAIS DE DOIS ANOS, ENCONTRANDO-SE, PORÉM, INSCRITO HÁ MENOS DE DOIS ANOS NA JUNTA COMERCIAL. DEFERIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 48 DA LRF. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1. Controverte-se no presente recurso especial acerca da aplicabilidade do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular da atividade empresarial, estabelecido no art. 48 da Lei n. 11.101/2005, para fins de deferimento do processamento da recuperação judicial requerido por empresário individual rural que exerce profissionalmente a atividade agrícola organizada há mais de 2 (dois) anos, encontrando-se, porém, inscrito há menos de 2 (dois) anos na Junta Comercial.
> 2. Com esteio na Teoria da Empresa, em tese, qualquer atividade econômica organizada profissionalmente submete-se às regras e princípios do Direito Empresarial, salvo previsão legal específica, como são os casos dos profissionais intelectuais, das sociedades simples, das cooperativas e do exercente de atividade econômica rural, cada qual com tratamento legal próprio. Insere-se na ressalva legal, portanto, o exercente de atividade econômica rural, o qual possui a faculdade, o direito subjetivo de se submeter, ou não, ao regime jurídico empresarial.
> 3. A constituição do empresário rural dá-se a partir do exercício profissional da atividade econômica rural organizada para a produção e circulação de bens ou de serviços, sendo irrelevante, à sua caracterização, a efetivação de sua inscrição na Junta Comercial.

Todavia, sua submissão ao regime empresarial apresenta-se como faculdade, que será exercida, caso assim repute conveniente, por meio da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis.

3.1 Tal como se dá com o empresário comum, a inscrição do produtor rural na Junta Comercial não o transforma em empresário. Perfilha-se o entendimento de que, também no caso do empresário rural, a inscrição assume natureza meramente declaratória, a autorizar, tecnicamente, a produção de efeitos retroativos (*ex tunc*).

3.2 A própria redação do art. 971 do Código Civil traz, em si, a assertiva de que o empresário rural poderá proceder à inscrição. Ou seja, antes mesmo do ato registral, a qualificação jurídica de empresário - que decorre do modo profissional pelo qual a atividade econômica é exercida - já se faz presente. Desse modo, a inscrição do empresário rural na Junta Comercial apenas declara, formaliza a qualificação jurídica de empresário, presente em momento anterior ao registro. Exercida a faculdade de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, o empresário rural, por deliberação própria e voluntária, passa a se submeter ao regime jurídico empresarial.

4. A finalidade do registro para o empresário rural, difere, claramente, daquela emanada da inscrição para o empresário comum.

Para o empresário comum, a inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, que tem condão de declarar a qualidade jurídica de empresário, apresenta-se obrigatória e se destina a conferir-lhe status de regularidade. De modo diverso, para o empresário rural, a inscrição, que também se reveste de natureza declaratória, constitui mera faculdade e tem por escopo precípuo submeter o empresário, segundo a sua vontade, ao regime jurídico empresarial.

4.1 O empresário rural que objetiva se valer dos benefícios do processo recuperacional, instituto próprio do regime jurídico empresarial, há de proceder à inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, não porque o registro o transforma em empresário, mas sim porque, ao assim proceder, passou a voluntariamente se submeter ao aludido regime jurídico. A inscrição, sob

esta perspectiva, assume a condição de procedibilidade ao pedido de recuperação judicial, como bem reconheceu esta Terceira Turma, por ocasião do julgamento do REsp 1.193.115/MT, e agora, mais recentemente, a Quarta Turma do STJ (no REsp 1.800.032/MT) assim compreendeu.

4.2 A inscrição, por ser meramente opcional, não se destina a conferir ao empresário rural o status de regularidade, simplesmente porque este já se encontra em situação absolutamente regular, mostrando-se, por isso, descabida qualquer interpretação tendente a penalizá-lo por, eventualmente, não proceder ao registro, possibilidade que a própria lei lhe franqueou. Portanto, a situação jurídica do empresário rural, mesmo antes de optar por se inscrever na Junta Comercial, já ostenta status de regularidade.

5. Especificamente quanto à inscrição no Registro Público das Empresas Mercantis, para o empresário comum, o art. 967 do Código Civil determina a obrigatoriedade da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade. Será irregular, assim, o exercício profissional da atividade econômica, sem a observância de exigência legal afeta à inscrição. Por consequência, para o empresário comum, o prazo mínimo de 2 (dois) anos deve ser contado, necessariamente, da consecução do registro. Diversamente, o empresário rural exerce profissional e regularmente sua atividade econômica independentemente de sua inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis. Mesmo antes de proceder ao registro, atua em absoluta conformidade com a lei, na medida em que a inscrição, ao empresário rural, apresenta-se como faculdade - de se submeter ao regime jurídico empresarial.

6. Ainda que relevante para viabilizar o pedido de recuperação judicial, como instituto próprio do regime empresarial, o registro é absolutamente desnecessário para que o empresário rural demonstre a regularidade (em conformidade com a lei) do exercício profissional de sua atividade agropecuária pelo biênio mínimo, podendo ser comprovado por outras formas admitidas em direito e, principalmente, levando-se em conta período anterior à inscrição.

> 7. Recurso especial provido
> (REsp n. 1.811.953/MT, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 6/10/2020, DJe de 15/10/2020.) (Grifo nosso).

As consequências práticas dessa decisão foram significativas, porquanto o lapso temporal exigido no *caput* do art. 48 da LRF (biênio legal), no caso de pedido de recuperação judicial formulado por empresário rural, poderia ser averiguado e comprovado por outros meios idôneos, sem que o termo inicial correspondesse à data da sua inscrição no Registro Público de Empresas.

De igual modo, o entendimento acolhido no acórdão ora mencionado impactou, sobremaneira, a aplicação do quanto disposto no art. 49 do referido diploma legal, posto que, ao se entender pela natureza meramente declaratória da inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas, os créditos constituídos anteriormente à destacada inscrição passaram a se submeter aos efeitos da dita recuperação judicial.

Com essas considerações e, a despeito dos reflexos mencionados anteriormente, forçoso concluir que jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que a inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas, não obstante possua natureza meramente declaratória, se caracteriza como sendo uma "*condição de procedibilidade ao pedido de recuperação judicial*"[3], razão pela qual, caso o empresário rural pretendesse se valer dos institutos regulados pela Lei nº 11.101/2005, deveria promovê-la a contento e de forma prévia ao pedido, cumprindo, outrossim, todos os requisitos legais encartados nos arts. 48 e 51 da aludida legislação.

A par da consolidação jurisprudencial acerca da natureza jurídica da inscrição em exame, a reforma da LRF promovida pela Lei nº 14.112/2020 assegurou ao produtor rural, pessoa física ou jurídica, previamente inscrito no aludido Registro Público e, desde que se comprovasse o exercício regular da atividade rural pelo biênio legal, o direito de se servir dos instrumentos disponibilizados pela legislação em comento.

Corroborando com as conclusões que oportunamente se apresentam, Bruno Oliveira Castro e Emília Vilela (2021, p. 464) asseveram que:

---

[3] Trecho retirado do acórdão do Resp. 1.811.953/MT.

> Com base nisso, **o produtor rural será considerado empresário se, e somente se, estiver devidamente inscrito na Junta Comercial**, valendo-se da faculdade disposta no art. 971 do Código Civil, **quando, então, poderá lançar mão do instituto recuperacional, devendo, para tanto, comprovar o exercício regular da atividade rural por mais de dois anos**, mediante a apresentação de outros documentos oficiais como 'Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR, ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial' – vide §§ 3º e 4º do art. 48 da Lei nº 11.101/2005.
>
> (...) a legislação recuperacional atual sedimentou a discussão e a dissonância jurisprudencial que havia acerca do tema – legitimidade do produtor rural e comprovação do biênio legal – e, na linha dos entendimentos já esposados pelo Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial 1.800.032/MT e Recurso Especial 1.811.953/MT), **positivou a possibilidade de o produtor rural pessoa física ter acesso à recuperação judicial sem que nesse ponto tenha que comprovar o biênio regular de atividade pela inscrição na Junta Comercial, mas sim pela disponibilidade de outros documentos hábeis ao suprimento dessa formalidade**. (Grifo nosso).

Assim, diante de todo esse contexto histórico acerca do enquadramento do produtor rural como empresário e destinatário das benesses da Lei nº 11.101/2005, novamente registramos a necessidade de sua prévia inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis, bem ainda da efetiva comprovação do exercício regular da atividade rural pelo biênio legal, nos termos exigidos pela legislação em comento.

3 Do exercício regular de atividade rural pelo biênio legal e sua comprovação

Ultrapassada a questão alusiva ao enquadramento do produtor rural como empresário e destinatário das benesses da Lei

nº 11.101/2005, passaremos a nos ocupar dos requisitos estabelecidos na aludida legislação, em especial daquele previsto no *caput* do art. 48 da LRF[4], consubstanciado na comprovação do exercício regular de atividade rural por período superior a dois anos.

Com esse horizonte, realçamos que na toada das afirmações realizadas em linhas pretéritas, muito embora a prévia inscrição do produtor rural no Registro Público de Empresas não seja condição indispensável ao exercício da atividade rural, ela é uma condição de procedibilidade ao pedido de recuperação judicial, porquanto o inciso V do art. 51 da LRF condicionou o deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial à apresentação da certidão da referida inscrição no momento do ajuizamento da ação.

Perfilhando do entendimento ora registrado, Anglizey Solivan de Oliveira (2021, p. 452) pontuou que a comprovação da inscrição prévia no Registro Público de Empresas, assim como o lapso temporal do exercício de atividade rural por período superior a dois anos devem ser realizadas no momento no ajuizamento da demanda, sob pena do indeferimento da inicial. Confira-se.

> **Os documentos descritos nos demais incisos do art. 51 acompanham a petição inicial, cuja instrução deficiente enseja a determinação de emenda (art. 321 do CPC) e caso não atendida satisfatoriamente e dentro do prazo legal levará ao indeferimento do pedido** e não à decretação da falência. **A possibilidade de emenda, no entanto, não se destina a suprir requisitos absolutos que devam estar integralmente satisfeitos até o momento da distribuição da ação, como é o caso da comprovação da inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis e do lapso temporal de atividade**, não se admitindo que seja computado período posterior ao pedido com o fito de completar o biênio legal. (Grifo nosso).

[4] Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente suas atividades há mais de 2 (dois) anos (...).

Dando continuidade ao exame do tema proposto e, considerando que a reforma da Lei nº 11.101/2005 conferiu ao produtor rural legitimidade ativa para formular pedido de recuperação judicial, independentemente do tempo de inscrição no Registro Público de Empresas, tendo em vista que o aludido produtor poderia comprovar o exercício regular de atividade rural por prazo superior a dois anos mediante a apresentação dos documentos relacionados nos §§2º e 3º do art. 48 da LRF, passaremos à análise dos referidos documentos.

Com essa perspectiva e, levando-se em consideração o quanto disposto no §2º do art. 48 da legislação em comento, a comprovação do exercício regular da atividade rural pelo biênio legal, no caso de sociedade empresária rural, será feita mediante a apresentação da Escrituração Contábil Fiscal (ECF) ou outro documento contábil que a venha substituir, cujo registro contábil tenha sido prévia e tempestivamente entregue ao órgão fiscal competente. *In verbis*:

> §2º No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente.

Por outro lado, no que se refere ao produtor rural pessoa física, a Lei nº 14.112/2020 inseriu o § 3º ao art. 48 da LRF, consignando que, para a comprovação do exercício regular de atividade rural por prazo superior a dois anos, o devedor deve apresentar o seu Livro Caixa Digital (LCDPR – livro caixa digital do produtor rural), a Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRF) e, também, o balanço patrimonial, cujos documentos tenham sido entregues prévia e tempestivamente ao órgão fiscal competente. *Ex positis*:

> §3º Para a comprovação do prazo estabelecido no *caput* deste artigo, o cálculo do período de exercício de atividade rural por pessoa física é feito com base no Livro Caixa Digital do Produtor Rural (LCDPR), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir o LCDPR, e pela Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (DIRPF) e balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente.

> §4º Para efeito do disposto no § 3º deste artigo, no que diz respeito ao período em que não for exigível a entrega do LCDPR, admitir-se-á a entrega do livro-caixa utilizado para a elaboração da DIRPF.
> §5º Para os fins de atendimento ao disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo, as informações contábeis relativas a receitas, a bens, a despesas, a custos e a dívidas deverão estar organizadas de acordo com a legislação e com o padrão contábil da legislação correlata vigente, bem como guardar obediência ao regime de competência e de elaboração de balanço patrimonial por contador habilitado.

Veja-se que, ao contrário do entendimento exarado por uma parcela da doutrina especializada, o rol de documentos relacionados no §3º do art. 48 da LRF é taxativo, podendo, contudo, ser corroborado por outros documentos não listados no dispositivo em comento, entre os quais, notas fiscais de compra e venda ou extratos emitidos por órgãos de fiscalização da atividade rural.

Validando o entendimento que ora defendemos, Anglizey Solivan de Oliveira (2021, p. 456) leciona no sentido de que:

> Anteriormente à reforma da lei, a jurisprudência admitia que essa prova pudesse ser feita por qualquer meio em direito admitido. **Mas, a partir da nova redação do §3º do art. 48, que elegeu quais são os documentos aptos a provar o tempo de atividade, o autor deverá observar a enumeração legal**, com expressa ressalva às considerações acima acerca do balanço patrimonial. (Grifo nosso).

No mesmo sentido, José Leirião Filho, Letícia Bedim, Ana Beatriz Ramos e Bruno Henrique Rosa (BEDIN, *et al*. 2022, p. 38) afirmam que:

> Prosseguindo, o Art. 48 da LRF trouxe novas disposições em relação aos documentos que devem ser, **obrigatoriamente**, apresentados para a comprovação do tempo de exercício da atividade rural pelo produtor rural que quiser se valer da recuperação judicial:
> (...).

> Se o produtor rural atuar na condição de pessoa jurídica, deverá apresentar a Escrituração Contábil Fiscal ("ECF") ou por registros contábeis que a substitua.
> Se atuar como pessoa física, devem ser apresentados: (i) o Livro Caixa Digital do Produtor Rural ("LCDPR") ou registro contábil que o substitua; (ii) a Declaração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Física ("DIRPF"); e (iii) balanço patrimonial, todos entregues tempestivamente. (Grifo nosso).

Oportunamente, se faz necessário destacar a conclusão a que chegaram os autores anteriormente citados (BEDIN, *et al*. 2022, p. 31), ao analisar os processos de recuperação judicial ajuizados por produtores rurais no estado de São Paulo, antes da entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020. *Ex positis*:

> Dentre a documentação juntada nos casos analisados, o documento que melhor comprova o exercício e o tempo de atividade rural pela pessoa física é o Imposto de Renda da Pessoa Física ("IRPF"), dada a sua complexidade e quantidade de informação disponíveis.

Dessa forma, não seria demais ressaltar que, para além de se tratar de rol taxativo, os documentos elencados nos §§ 2º e 3º do art. 48 da LRF são os que melhor possuem aptidão para demonstrar o exercício regular de atividade rural por período superior a dois anos.

Apenas a título de registro, salientamos que, para a corrente doutrinária que entende se tratar de rol meramente exemplificativo, o exercício regular de atividade rural pelo biênio legal poderá ser comprovado por quaisquer outros meios de prova em direito admitido. Entre os adeptos desta corrente doutrinária, estão João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 211), para quem:

> Importante registrar que são admitidos outros meios de prova da condição de produtor rural, sendo aqueles elencados nos referidos dispositivos meramente exemplificativos.

Muito embora discordemos desse entendimento, consignamos que, acaso se entendesse pela natureza meramente exemplificativa do rol, não se poderia admitir, como documen-

tos hábeis a comprovar o exercício regular de atividade rural pelo biênio legal, aqueles elaborados unilateralmente pelo devedor de forma genérica e sem qualquer comprovação de sua idoneidade.

Esse, inclusive, foi o posicionamento acolhido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por ocasião do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 2273239-92.2018.8.26.0000, antes da reforma empreendida pela Lei nº 14.112/2020 e, quando ainda não se falava em rol taxativo, em que se pontuou que as declarações de imposto sobre a renda com insuficiência de elementos individualizados não se revestiam da idoneidade necessária e apta a comprovar o exercício regular de atividade rural por prazo superior a dois anos.

Fundamentando a decisão colegiada, o aludido Tribunal destacou que, não obstante serem os devedores proprietários de áreas rurais exploradas por seus familiares, tal situação não conduzia à conclusão de que os referidos devedores exerciam, igualmente, a atividade rural desempenhada por outros membros da família, especialmente porque as declarações prestadas ao Fisco não continham expressa menção quanto à aquisição de maquinários ou implementos agrícolas e, também, quanto à existência de dívidas contraídas para o financiamento da produção rural, tal como as informações prestadas pelos demais membros da família.

Nesse ponto, é bom que se diga que as informações atinentes à aquisição de maquinários ou implementos agrícolas, além das informações vinculadas ao financiamento da atividade rural, são extremamente comuns nas declarações fiscais daqueles que efetivamente a exercem, de modo que a ausência desses dados nas referidas declarações retira desses documentos toda a eficiência probatória a que nos referimos.

Arrematando a questão acerca de quais seriam os documentos aptos a comprovar o exercício regular de atividade rural pelo biênio exigido na LRF, se acaso não se entendesse pela taxatividade do rol estabelecido nos §§2º e 3º do art. 48 da legislação em comento, destacamos o quanto estabelecido no art. 50 e seguintes do Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza, encartado no Decreto nº 9.580/2018.

Os dispositivos outrora mencionados nos remetem à forma, ao parâmetro e ao método de aferição do resultado decorrente da exploração da atividade rural, bem ainda aos documentos eleitos pelo dito regulamento como idôneos para a identifica-

ção e individualização dos lançamentos realizados pelo produtor rural, com vistas à apuração do imposto devido.

Ademais, salientamos que, conforme se depreende dos parágrafos subsequentes, os documentos contábeis relacionados nos §§2º e 3º do art. 48 da LRF deverão obedecer ao padrão de contabilidade definido pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e às regras contidas no art. 1.179 do Código Civil, tal como orienta Anglizey Solivan de Oliveira (2021, p. 454):

> **Esses documentos devem ser elaborados segundo o padrão de contabilidade definido pelo Conselho Federal de Contabilidade (CFC) e as regras do art. 1.179 do CC**, cuja regularidade e completude conferirão transparência e reduzirão a denominada assimetria de informação entre as partes desde a propositura da ação. A sua análise minuciosa permitirá detectar eventuais manipulações contábeis em discrepância com a realidade do devedor, bem como a utilização de práticas oportunistas e negligentes. (Grifo nosso).

Dito isto, podemos concluir que o rol de documentos enumerados nos §§ 2º e 3º do art. 48 da LRF é taxativo, porquanto tais documentos são os que melhor possuem aptidão para demonstrar o exercício regular de atividade rural pelo biênio legal, além do que devem esses documentos observarem o padrão de contabilidade definido pelo Conselho Federal de Contabilidade (CRC), bem ainda serem prévia e tempestivamente entregues ao órgão fiscalizador, conferindo-lhes, portanto, a necessária idoneidade.

Nada obstante, os documentos referidos nos §§2º e 3º do art. 48 da LRF podem ser complementados por outros documentos não listados no dispositivo em comento, mormente aqueles relacionados no §5º[5] do art. 54 do Decreto nº 9.580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda e Proventos de Qualquer Natureza).

---

[5] §5º A receita bruta decorrente da comercialização dos produtos rurais deverá ser comprovada por documentos usualmente utilizados nessa atividade, tais como:
I - nota fiscal do produtor;
II - nota fiscal de entrada;
III - nota promissória rural vinculada à nota fiscal do produtor; e
IV - demais documentos reconhecidos pelas fiscalizações estaduais.

Finalmente, não seria demais salientar que os documentos exigidos pelos §§2º e 3º do art. 48 da Lei nº 11.101/2005, com o fito de se comprovar o exercício regular de atividade rural por prazo superior a dois anos, constituem requisitos objetivos de admissibilidade do pedido de recuperação judicial, cuja inobservância induz ao indeferimento da inicial.

4 Da consolidação processual e substancial na recuperação judicial do produtor rural a implicar no atendimento dos requisitos previstos no art. 48 da LRF

O exame do tema atinente à consolidação processual e substancial do pedido de recuperação judicial formulado por mais de um produtor rural, por si só, resultaria em um extenso estudo e fugiria do objetivo proposto.

Entretanto, entendemos necessário tratar do assunto, mesmo que superficialmente, na medida em que alguns Tribunais de Justiça vêm proferindo decisões desconexas com a legislação em vigor, no sentido de que, quando restar configurado o exercício de atividade rural por grupo econômico familiar, a documentação contábil poderá ser apresentada de forma consolidada, de modo que a apresentação dos documentos por um dos produtores rurais postulantes supriria a ausência dessa mesma documentação pelos demais, quando evidenciada, entre outras coisas, a utilização da mesma estrutura administrativa, financeira, contábil e laboral, para o exercício da atividade rural pelos requerentes.

Esse foi o caso retratado no Recurso de Agravo de Instrumento nº 1014515-74.2022.811.0000, em que restou anotado que, não obstante a ausência da apresentação individual dos balanços patrimoniais pelos postulantes, somado à ausência da apresentação dos Livros Caixas dos Produtores Rurais alusivos aos últimos dois exercícios fiscais, a mera circunstância de se tratar de grupo econômico familiar, cuja contabilidade tenha sido elaborada de forma consolidada, seria o suficiente para o atendimento dos requisitos exigidos pela Lei nº 11.101/2005. *Ipsis litteris*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE PROCESSAMENTO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRODUTORES RURAIS. GRUPO ECONÔMICO FAMILIAR. REQUISITOS PARA CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL ATENDIDOS. REQUISITOS PARA A CONCES-

> SÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL ATENDIDOS. LAUDO DE CONSTATAÇÃO PRÉVIA FAVORÁVEL. DECISÃO MANTIDA. LIMINAR CONCEDIDA NESTA INSTÂNCIA REVOGADA. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. No caso dos autos se trata de um grupo familiar no qual os agravados estão sediados na mesma propriedade e endereço, atuam no mesmo segmento empresarial, utilizam a mesma estrutura administrativa, financeira e contábil, possuem funcionários em comum, bem como utilizam da mesma área para plantio e do mesmo maquinário para produção agrícola. Há nítida relação de controle ou de dependência, identidade total ou parcial do quadro societário e atuação conjunta no mercado entre os postulantes. Assim, a consolidação processual é medida que se impõe.
> 2. Na hipótese restou comprovado que foram atendidos todos os requisitos para o deferimento do processamento da Recuperação Judicial dos agravados
> 3. Decisão mantida.
> 4. Liminar concedida neste recurso revogada.
> 5. Recurso desprovido.
> (RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO 1014515-74.2022.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, SEBASTIAO BARBOSA FARIAS, Primeira Câmara de Direito Privado, Julgado em 14/02/2023, Publicado no DJE 23/02/2023).

Entretanto, quando do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 1015169-32.2020.8.11.0000, ocorrido na data de 27/05/2021, o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso consignou o entendimento segundo o qual *"(...), as sociedades empresárias integrantes de grupo econômico devem demonstrar* ***individualmente*** *o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular de suas atividades (...)"*. Pelas mesmas palavras:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECUPERAÇÃO JUDICIAL –PRODUTOR RURAL PESSOA FÍSICA – DEFERIMENTO DO PEDIDO RECUPERACIONAL – LEI Nº 11.101/2005, ART. 48 – PRÉVIA INSCRIÇÃO NA JUNTA COMERCIAL – NATUREZA CONSTITUTIVA – EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL RE-

GULAR POR MAIS DE DOIS ANOS – PRESCINDIBILIDADE DE PRAZO MÍNIMO DE REGISTRO – POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL POR OUTROS MEIOS DE PROVA – COMPROVAÇÃO QUE DEVE SER REALIZADA INDIVIDUALMENTE POR CADA POSTULANTE EM CASO DE CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL – CONFUSÃO PATRIMONIAL QUE NÃO SUPRE A EXIGÊNCIA LEGAL – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A Lei nº 11.101/2005 prevê dois requisitos objetivos à admissão do pedido de recuperação judicial, quais sejam, o postulante deve ser (i) empresário ou sociedade empresária e (ii) exercer regularmente suas atividades há mais de dois anos (arts. 1º e 48). 2. Tendo em vista que o Código Civil prevê que a regularidade da atividade do empresário rural independente de inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (art. 971), o registro na Junta Comercial é uma faculdade à categoria, de natureza constitutiva, sujeitando o ruralista ao regime jurídico empresarial a partir da efetivação. 3. Admite-se que o produtor rural pessoa física comprove o exercício de sua atividade de empresa regular por quaisquer meios de prova, tendo em vista que a lei civil não exige a prévia inscrição na Junta Comercial como requisito de regularidade da atividade rural, tampouco há exigência específica na lei de regência da recuperação judicial de um prazo mínimo de tempo de registro na Junta Comercial. 4. **"É possível a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial para abranger as sociedades integrantes do mesmo grupo econômico. (Todavia), as sociedades empresárias integrantes de grupo econômico devem demonstrar <u>individualmente</u> o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular de suas atividades para postular a recuperação judicial em litisconsórcio ativo" (STJ - Terceira Turma - REsp 1665042/RS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 25/06/2019, DJe 01/07/2019)**.

(Recurso de Agravo de Instrumento nº. 1015169-32.2020.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, JOÃO FERREIRA FILHO, Primei-

> ra Câmara de Direito Privado, Julgado em 16/03/2021, Publicado no DJE 27/05/2021). (Grifo nosso).

Ao nosso ver, a interpretação estampada no Recurso de Agravo de Instrumento nº 1015169-32.2020.8.11.0000 é a melhor interpretação da lei, porquanto o art. 69-G da LRF expressamente dispõe que a consolidação processual poderá ser autorizada, desde que cada devedor apresente, **individualmente**, a documentação exigida no art. 51, cujo inciso II e o §6º nos remete aos documentos elencados no §3º do art. 48 da LRF. *Ex positis*:

> Art. 69-G. Os devedores que atendam aos requisitos previstos nesta Lei e que integrem grupo sob controle societário comum poderão requerer recuperação judicial sob consolidação processual.
> §1º Cada devedor apresentará individualmente a documentação exigida no art. 51 desta Lei.
> (...).

Ratificando o nosso posicionamento, Pedro Rebello Bortolini (2023, p. 118), categoricamente, afirma que a consolidação processual não se presta a ampliar o polo ativo da demanda recuperacional para alcançar empresas que, individualmente, não teriam legitimidade *ad causam* para pleiteá-la. Textualmente:

> Anteriormente à Lei 14.112/2020, a jurisprudência vinha admitindo, em algumas circunstâncias, que empresas que não poderiam pleitear a recuperação judicial sozinhas, por não preencherem algum pressuposto legal, pudessem integrar a recuperação ajuizada em grupo.
> (...).
> Essa orientação, todavia, parece ter sido rejeitada pela disciplina normativa implementada pela Lei 14.112/2020: da exigência de que os devedores "atendam os requisitos previstos nesta Lei" contida no artigo 69-G, *caput*, **da atual LRF se extrai que somente poderá compor o polo ativo da recuperação judicial, ainda que requerida sob consolidação processual, quem preencher os pressupostos objetivos e subjetivos para pleitear a recuperação individualmente (LRF, artigos 1º, 2º, 47 e 48), gozando assim de legitimidade *ad causam***.

> **O §1º do artigo 69-G reforça essa interpretação ao determinar que "cada devedor apresentará individualmente a documentação exigida no art. 51 desta Lei"**, documentação essa que se presta justamente à demonstração dos pressupostos legais para pleitear a recuperação judicial, como condição de empresa, o exercício regular das suas atividades por mais de dois anos e a própria situação de crise econômico-financeira. **Logo, a consolidação processual não autoriza a ampliação do polo ativo para alcançar quem não poderia, sozinho, pleitear a recuperação judicial, como empresas sem atividades regular há mais de dois anos** (...). (Grifo nosso).

Essa, inclusive, foi a corrente adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial relatado Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, que, antes mesmo da edição da Lei nº 14.112/2020, consignou que as sociedades empresárias integrantes de grupo econômico devem demonstrar individualmente o cumprimento do requisito temporal afeto ao biênio legal previsto no *caput* do art. 48 da LRF. Veja-se:

> RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. GRUPO ECONÔMICO. ART. 48 DA LRF. ATIVIDADE REGULAR. DOIS ANOS. CISÃO EMPRESARIAL.
> (...).
> 2. Cinge-se a controvérsia a definir se, em caso de recuperação judicial de grupo econômico, todas as sociedades empresárias devem cumprir individualmente o requisito temporal de 2 (dois) anos previsto no caput do art. 48 da Lei nº 11.101/2005.
> 3. É possível a formação de litisconsórcio ativo na recuperação judicial para abranger as sociedades integrantes do mesmo grupo econômico.
> 4. As sociedades empresárias integrantes de grupo econômico devem demonstrar individualmente o cumprimento do requisito temporal de 2 (dois) anos de exercício regular de suas atividades para postular a recuperação judicial em litisconsórcio ativo.
> (...).

> 6. Recurso especial provido.
> (REsp n. 1.665.042/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/6/2019, DJe de 1/7/2019.) (Grifo nosso).

Registramos, outrossim, que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão proferida no âmbito do Recurso Especial nº 2.068.263/SP, enfrentou novamente a questão, agora sob a vigência das alterações legislativas empreendidas pela Lei nº 14.112/2020, para acentuar que *"cada um dos litisconsortes deve preencher os requisitos para o pedido de recuperação judicial* ***individualmente*** *(...)"*. Nestas palavras:

> RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. DECISÃO SURPRESA. NÃO OCORRÊNCIA. CONSOLIDAÇÃO PROCESSUAL. PRECLUSÃO. ABUSO DE DIREITO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.
> (...).
> 4. A expressão consolidação processual se refere apenas à possibilidade de apresentar o pedido de recuperação judicial em litisconsórcio ativo.
> 5. Cada um dos litisconsortes deve preencher os requisitos para o pedido de recuperação judicial individualmente e seus ativos e passivos serão tratados em separado.
> 5.1. O fato de ter sido deferido o processamento da recuperação judicial em consolidação processual não impede a posterior análise do preenchimento dos requisitos para o pedido de recuperação em relação a cada um dos litisconsortes.
> (...).
> (REsp n. 2.068.263/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/8/2023, DJe de 23/8/2023.)

Da mesma forma, não podemos nos furtar em destacar que, na esteira do que dispõe o art. 69-J da LRF, a consolidação substancial só poderá ser autorizada pelo juízo da recuperação judicial apenas quando os devedores integrantes do mesmo grupo econômicos estiverem em recuperação judicial sob consolidação processual. *Ex positis*.

> Art. 69-J. O juiz poderá, de forma excepcional, independentemente da realização de assembleia-

> geral, **autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual**, apenas quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou de recursos, cumulativamente com a ocorrência de, no mínimo, 2 (duas) das seguintes hipóteses:
> I - existência de garantias cruzadas;
> II - relação de controle ou de dependência;
> III - identidade total ou parcial do quadro societário; e
> IV - atuação conjunta no mercado entre os postulantes. (Grifo nosso).

Ademais, Pedro Rebello Bortolini (2023, p. 344) nos ensina que a autorização para a consolidação substancial está intrinsecamente relacionada ao atendimento dos requisitos legais exigidos por ocasião dos artigos 1º, 2º, 47 e 48 da LRF, na medida em que a autorização da consolidação substancial está condicionada à prévia concessão da recuperação judicial sob consolidação processual. Veja-se:

> O primeiro requisito para a aplicação da consolidação substancial é que os devedores estejam em recuperação judicial, não tendo a lei contemplado o cabimento do recurso na recuperação extrajudicial ou na falência (omissão da qual este trabalho se ocupará mais à frente) nem a possibilidade de a medida ser estendida a outras empresas que não estejam em recuperação judicial.
> **Exige-se ainda que os devedores estejam em recuperação judicial sob consolidação processual**, daí decorrendo que, **para ser autorizada a consolidação substancial, deverão concorrer as condições exigidas para a formação do litisconsórcio ativo, a saber: (i) o requerimento conjunto de dois ou mais devedores para o processamento da recuperação judicial sob consolidação processual; (ii) o preenchimento individual dos pressupostos objetivos e subjetivos para a concessão da recuperação judicial por parte de to-**

> **dos os devedores;** (iii) a integração dos devedores a um mesmo grupo econômico sob controle societário comum; e (iv) a efetiva ou potencial repercussão da crise entre os devedores. (Grifo nosso).

Dessa forma, conquanto o texto legal atualmente seja claro acerca da necessidade de prévio deferimento da recuperação judicial sob consolidação processual, para a posterior autorização da consolidação substancial, vale registrar que, antes da reforma da Lei nº 11.101/2005, a consolidação substancial era automaticamente deferida, mediante o simples deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial sob consolidação processual.

Sobre esse ponto, Pedro Rebello Bortolini (2023, p. 03) relata que:

> Mesmo depois que os tribunais passaram a diferenciá-la da consolidação processual (esta resultante do mero litisconsórcio ativo), a consolidação continuou sendo largamente adotada, no mais das vezes deferida apenas porque os devedores integravam um grupo, sem maior rigor técnico ou reflexão quanto à sua compatibilidade com o direito societário ou sobre os seus reflexos no mercado de crédito.
> **Assim, ao menos até a edição da Lei 14.112/2020, o mecanismo que deveria ser uma exceção, reservado aos casos de insuperável confusão entre os devedores, acabou se tornando a regra nas recuperações judiciais dos grupos,** ao arrepio dos direitos dos credores e dos princípios mais elementares do direito societário. (Grifo nosso).

Logo se vê que até a reforma da LRF empreendida pela Lei nº 14.112/2020, não se tinha clareza na aplicação do instituto da consolidação substancial, de modo que, na maioria das vezes, esta era autorizada automática e indistintamente no mesmo momento do deferimento do processamento do pedido de recuperação judicial sob consolidação processual, sem nem se levar em consideração os requisitos necessários para tanto.

Entretanto, conforme registrado em linhas pretéritas, a Lei nº 14.112/2020 trouxe significativas alterações na LRF, entre as quais, a exigência de que a consolidação substancial só poderá

ser autorizada quando houver o prévio deferimento do pedido de processamento da recuperação judicial sob consolidação processual, o qual, por sua vez, exige que cada um dos deveres, integrantes de um mesmo grupo econômico, comprove, **individualmente**, os requisitos legais prescritos nos artigos 1º, 2º, 47 e 48 da LRF.

Veja que não existe espaço para a subversão da ordem legal estabelecida na LRF, tal como vêm decidindo alguns julgadores, a exemplo do que aconteceu no Recurso de Agravo de Instrumento nº 1014515-74.2022.811.0000, ora citado, em que, sob o fundamento fático de que os devedores integravam o mesmo grupo econômico familiar, evidenciando a confusão patrimonial exigida para a configuração da consolidação substancial, restaria demonstrada a consolidação processual e, como consequência prática, estaria afastada e/ou mitigada a exigência prevista no §1º do art. 69-G da LRF (*"cada devedor apresentará individualmente a documentação exigida no art. 51 desta Lei"*).

Assim, a par dessas considerações, facilmente podemos concluir que, muito embora o pedido de recuperação judicial tenha sido formulado por mais de um produtor rural, em razão de eventual existência de grupo econômico familiar sob controle societário comum, isso, por si só, não subtrai, nem mitiga a força do comando normativo contido no art. 69-G da LRF, segundo o qual cada um desses produtores rurais deverá comprovar, **individualmente**, o atendimento dos requisitos estabelecidos nos artigos 1º, 2º, 47 e 48 da LRF, sob pena de indeferimento da consolidação processual e, consequentemente, do indeferimento da inicial em relação àquele produtor rural que deixou de atender a contento os requisitos legais anteriormente mencionados.

5 As dívidas do produtor rural e a sujeição aos efeitos da recuperação judicial

Superadas as questões alusivas ao enquadramento do produtor rural como empresário e beneficiário da Lei nº 11.101/2005, bem como dos documentos necessários à comprovação dos requisitos legais estabelecidos nos §§2º e 3º do art. 48 da LRF, passamos a nos debruçar sobre os créditos sujeitos, ou não, aos efeitos da recuperação judicial do produtor rural.

Acerca dessa temática, importa-nos salientar que a reforma da Lei nº 11.101/2005 trouxe significativas mudanças para o cenário dos créditos sujeitos à recuperação judicial do produtor rural, entre as quais, a inclusão do § 13 ao art. 6º, dos §§ 6º, 7º,

8º e 9º ao art. 49, bem como a inserção do art. 193-A na LRF. Nada obstante, a Lei nº 14.112/2020 também produziu relevantes alterações no art. 11 da Lei nº 8.929/1994.

Em razão da proposta do presente trabalho, nos limitaremos a tratar individualmente dos créditos típica e potencialmente constituídos em face do produtor rural. Assim sendo e visando a um melhor desdobramento do assunto ora em exame, dividiremos o presente tópico nos subtópicos subsequentes.

5.1 Dos créditos oriundos de atos cooperativos

Para iniciar o exame dos créditos decorrentes de atos cooperativos praticados entre as sociedades cooperativas e seus cooperados, bem ainda a sua sujeição ou não aos efeitos da recuperação judicial do devedor, se faz necessário transcrever o § 13, incluído ao art. 6º da LRF pela Lei nº 14.112/2020, segundo o qual:

> §13. **Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os contratos e obrigações decorrentes dos atos cooperativos praticados pelas sociedades cooperativas com seus cooperados, na forma do art. 79 da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971**, consequentemente, não se aplicando a vedação contida no inciso II do art. 2º quando a sociedade operadora de plano de assistência à saúde for cooperativa médica.

Dentro dessa perspectiva, salientamos, precipuamente, que o dispositivo em comento, além de mal redigido, foi mal alocado, na medida em que existe, na LRF, um rol de créditos não sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, consagrado nos parágrafos do seu art. 49.

Outrossim, sem adentar na polêmica referente à inconstitucionalidade do §13 do art. 6º da LRF, em razão da flagrante violação ao sistema bicameral estabelecido no art. 65 da Constituição Federal, entendemos que a inconstitucionalidade anunciada pela doutrina especializada não afeta a integralidade da norma. Isso porque, em relação à primeira parte do dispositivo legal em referência, a qual expressamente prescreve a não sujeição dos créditos advindos de atos cooperados aos efeitos da recuperação judicial do devedor, não se constatou a violação anteriormente mencionada.

De outro modo, conforme orienta uma parcela significativa da doutrina, o fundamento jurídico a embasar a norma ora ana-

lisada encontra o seu respaldo na especial natureza do ato cooperativo, vez que, na esteira da regra encartada no art. 79 da Lei nº 5.764/1971, o destacado ato se consubstancia em uma operação ajustada entre a sociedade cooperativa e o seu cooperado, com vistas à consecução dos seus objetivos sociais, entre os quais, o de garantir ao cooperado a obtenção de ganhos de escala e redução de custos fixos em seu negócio.

Daí, entende-se que os preços e as condições negociais ajustadas por ocasião da contratação havida entre as partes teriam sido aquém daquelas normalmente praticadas no mercado, evidenciando-se, portanto, a razoabilidade da intenção legislativa em excluir dos efeitos da recuperação judicial os créditos oriundos da prática de atos cooperados. Aliado a esse fundamento, registramos o fato de que eventual prejuízo experimentado pela sociedade cooperativa, em decorrência da sujeição desses créditos aos efeitos da recuperação judicial do devedor, recairia sobre todos os cooperados, inclusive, sobre o próprio devedor.

Tratando dessas particularidades, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 643) registram que:

> O fundamento jurídico para a exclusão residiria na especial natureza do ato cooperativo. Descrito no art. 79 da Lei 5.764 de 1971 (Lei das Cooperativas), o ato cooperado (operação da cooperativa com o seu associado-cliente) segue uma lógica particular, pautada por uma principiologia que busca garantir ao cooperado a obtenção de ganhos de escala e a redução de custos fixos em seu negócio.
> Por conta disso, os preços e as condições negociais das obrigações realizadas entre a cooperativa e seus cooperados normalmente não respeitam as mesmas bases daquelas praticadas ordinariamente no mercado, o que somente é possível em razão do também peculiar escopo-fim das cooperativas. Diante dessas particularidades, há quem entenda razoável que o ato cooperativo seja excluído dos efeitos da recuperação judicial, até porque o prejuízo eventualmente experimentado pela cooperativa recairia sobre todos os demais cooperados.

Outro ponto reforçado pela corrente doutrinária que entende pela razoabilidade da regra excludente contida no §13 do art. 6º da LRF diz respeito às normas encartadas nos artigos

146, inciso III, alínea *c* e 174 §2 º, ambos da Constituição Federal, cujos dispositivos estabelecem que o legislador deverá dispensar tratamento tributário adequado às cooperativas, bem ainda estimular o cooperativismo e outras formas de associativismo, como meio de se promover o desenvolvimento econômico.

Nada obstante, cabe registrar os fundamentos jurídicos veiculados pela corrente doutrinária contrária, no sentido de que a norma em referência teria criado um indevido privilégio entre credores constituídos sob a forma de cooperativas e os demais credores, na medida em que o ato cooperativo se difere do ato não cooperativo apenas e tão somente pela qualidade das partes que o celebra.

De igual modo, salienta essa corrente que os dispositivos constantes na Constituição Federal, outrora citados, determinaram que o cooperativismo fosse estimulado, e não favorecido, como expressamente o faz em relação às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 170, inciso IX, CF), de modo que a aludida exclusão superou a exigência constitucional de estímulo, criando, portanto, um indesejado privilégio às sociedades cooperativas.

Soma-se a esses argumentos o fato de que, a despeito da determinação constitucional de tratamento favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno, os créditos titularizados por esses credores não foram, igualmente, excluídos dos efeitos da recuperação judicial do devedor, evidenciando, mais uma vez, o privilégio indevido conferido às sociedades cooperativas.

Por outro lado, no que se refere às sociedades cooperativas de crédito, parte significativa da doutrina assevera que, por se equipararem às instituições financeiras, os atos praticados entre estas e os seus cooperados não se enquadram na condição de atos cooperativos, o que está disciplinado no art. 79 da Lei nº 5.764/1971, a resultar na aplicação da norma contida no § 13 do art. 6º da LRF.

Isso se justificaria na medida em que a atividade das sociedades cooperativas de crédito é regida pela Lei Complementar nº. 130/2009, a qual dispõe acerca do Sistema Nacional de Crédito Cooperativo, e não pela Lei Geral das Cooperativas (Lei nº 5.764/1971), aliado ao fato de que a aludida legislação complementar teria autorizado a prestação de serviços financeiros pelas cooperativas de créditos, aos seus associados, aos não associados e ao Poder Público, circunstância esta que, certamente, di-

fere da ideia de garantir ao cooperado a obtenção de ganhos de escala e redução de custos fixos em seu negócio.

Validando esse posicionamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente decisão proferida no Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2105754-28.2022.8.26.0000, destacou que as sociedades cooperativas de crédito não se confundem com as demais sociedades cooperativas, porquanto aquelas, muito embora não possam se valer do instituto da recuperação judicial, se submetem à intervenção, liquidação extrajudicial pelo Banco Central, bem ainda ao instituto da falência, conforme se depreende no art. 1º da Lei nº 6.024/1974. Senão, vejamos:

> O caso vertente envolve **cooperativa de crédito**, cuja natureza e atividade não se confundem com as demais cooperativas (estas sim, são consideradas sociedades simples, portanto, não se sujeitam à falência, cf. art. 982, parágrafo único, Código Civil).
> A cooperativa de crédito, malgrado não possa pedir recuperação judicial (art. 2º, II, Lei n. 11.101/2005), sujeita-se à intervenção, liquidação extrajudicial pelo Banco Central, além da falência (art. 1º, Lei 6.024/1974).
> (...).
> Entretanto, tais comandos normativos não se dirigem às cooperativas de *crédito*, por serem consideradas "instituições financeiras" (art. 1º, LC 130/2009).

Ainda, não bastassem os fundamentos jurídicos transcritos alhures, o relator do referido recurso destacou também que:

> (...), a Lei Complementar n. 130/2009, ao dispor sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo, autoriza a prestação de serviços de natureza financeira (operações de crédito) a associados e a não associados, inclusive a entidades do poder público (art. 2º, §2º), evidenciando que a cooperativa de crédito refoge aos limites previstos na lei das cooperativas (Lei n. 5.764/1971).

Resta patente, portanto, que, quando se trata dos créditos decorrentes da prática de atos cooperados e a sua sujeição, ou não, aos efeitos da recuperação judicial do devedor, a doutrina especializada se divide, inclusive, para fazer distinção entre os

atos praticados pelas cooperativas regidas pela Lei nº 5.764/1971 daqueles praticados pelas cooperativas de créditos, regidas pela Lei Complementar nº 130/2009.

Ultrapassadas as questões atinentes aos fundamentos jurídicos da norma inserida no §13 do art. 6º da LRF, bem ainda acerca da natureza jurídica dos atos praticados entre as cooperativas de crédito e os seus associados, se faz necessário perquirir a partir de qual momento os créditos oriundos dos atos cooperativos devem ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial do devedor. Tal questionamento é de extrema relevância, porquanto até a entrada em vigor da Lei nº 14.112/2020, ocorrida na data de 23/01/2021, os aludidos créditos se sujeitavam aos efeitos da recuperação judicial.

Dentro dessa perspectiva, importa-nos destacar o quanto disposto no art. 14 do Código de Processo Civil, segundo o qual *"a norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais já praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei revogada"*, em nítido prestígio à corrente do isolamento dos atos processuais.

A regra outrora mencionada foi replicada no art. 5º da Lei nº 14.112/2020, cujo conteúdo normativo estabelece que as alterações promovidas pela Lei em referência terão aplicabilidade imediata aos processos pendentes.

Do mesmo modo, o §1º do art. 5º da Lei nº 14.112/2020 prescreve que as alterações acerca da sujeição de créditos na recuperação judicial, entre as quais a que ora analisamos, somente serão aplicáveis aos pedidos de recuperação judicial ajuizados após o início da vigência da referida lei, o que significa dizer que, nos pedidos de recuperação judicial formulados anteriormente à vigência da Lei nº 14.112/2020, os créditos decorrentes de atos cooperativos devem se submeter aos efeitos da recuperação judicial.

Dessa forma, facilmente podemos concluir que a natureza concursal ou extraconcursal dos créditos advindos da prática de atos cooperativos dependerá exclusivamente da data do pedido de recuperação judicial. Se antes de 23/01/2021, o crédito permanecerá como sendo concursal; se após, o aludido crédito passará a ser extraconcursal, não se submetendo, pois, aos efeitos do processo recuperacional.

Corroborando com o entendimento ora defendido, o Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº. 2222.568-26.2022.8.26.0000,

posicionou-se no sentido de a situação jurídica consolidada sob a vigência da norma revogada, em decorrência do ajuizamento da recuperação judicial em data anterior à vigência da Lei nº 14.112/2020, confere ao discutido crédito a característica da concursalidade, sujeitando-o, portanto, aos efeitos da mencionada recuperação judicial.

Arrematando o subtópico atinente à sujeição, ou não, dos créditos derivados da prática de atos cooperativos aos efeitos da recuperação judicial do devedor, entendemos pertinente salientar que, não obstante os aludidos créditos sejam tidos como extraconcursais, conforme consignado anteriormente, tal sorte não foi replicada no instituto da falência, razão pela qual, por força do quanto disposto na alínea *a* do inciso VI do art. 83 da LRF, os créditos ora analisados poderão ser submetidos aos efeitos regime falimentar do devedor.

5.2 Dos créditos titularizados por credores proprietários

Seguindo para o exame dos créditos submetidos aos efeitos da recuperação judicial do produtor rural, ressaltamos a norma referida no §3º do art. 49 da LRF, em que se depreende que os chamados credores proprietários não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial. *In verbis*:

> §3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

Não nos alongaremos no estudo do regramento em comento, porquanto não se trata de créditos exclusivamente constituídos em face do produtor rural, de modo que o entendimento

legal e jurisprudencial aplicável ao empresário ou à sociedade empresária comum igualmente se aplica aos produtores rurais.

5.3 Dos créditos que decorram de atividade diversa da atividade rural

Superadas as análises acerca dos créditos decorrentes da prática de atos cooperativos, bem ainda dos créditos titularizados por credores proprietários, adentraremos no estudo dos créditos decorrentes de atividade distinta da atividade rural regularmente exercida pelo produtor.

Dentro desse cenário, reza o §6º do art. 49 da LRF que se submeterão aos efeitos da recuperação judicial do produtor rural apenas e tão somente os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural. *Contrario sensu*, os créditos que decorram do exercício de atividade diversa da rural não se sujeitarão aos efeitos da aludida recuperação. *Legem habemus*:

> §6º Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, **somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural** e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos. (Grifo nosso).

Parte significativa da doutrina especializada entende que a norma insculpida no dispositivo transcrito em linhas pretéritas se traduz em uma disposição legal injustificável, na medida em que a exceção criada, além de beneficiar alguns credores, gera uma indesejada distinção entre os créditos sujeitos ao regime recuperacional e os créditos sujeitos à falência. Isso porque, não obstante os créditos em comento tenham sido excluídos dos efeitos da recuperação judicial, caso seja decretada a falência do devedor, estes poderão ser incluídos no concurso de credores alusivo ao regime falimentar, por força do comando normativo contido na alínea *a* do inciso VI do art. 83 da LRF.

Entre os adeptos dessa corrente, está Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 247), para quem:

> A restrição aos créditos apenas relacionados à atividade é injustificável. Cria-se nova exceção à submissão de todos os créditos em face do devedor à recuperação judicial e nova diferenciação

> entre os submetidos à recuperação judicial e a falência, o que incentiva estratégias oportunistas das diversas partes interessadas e esvazia a recuperação judicial como negociação coletiva para a obtenção de uma melhor solução para a superação da crise e satisfação de todos os créditos.

Na mesma linha de pensamento, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 632) salientam que:

> Em caso de produtor rural empresário pessoa física, as obrigações não decorrentes da sua atividade não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial (LRF 49, §6º). Assim, por exemplo, o financiamento para a compra de um imóvel para moradia na cidade ou para a aquisição de um veículo não utilizado na atividade rural não podem sofrer os efeitos modificativos do plano de recuperação.
> A rigor, trata-se de regra injustificável. Ainda, em caso de falência do produtor rural, todas as suas obrigações serão direcionadas para o mesmo concurso de credores, o que acaba por estabelecer, com algum embaraço, uma dicotomia de tratamento jurídico para os créditos na reorganização e na liquidação.

Todavia, anotamos que o Tribunal de Justiça de São Paulo, no âmbito do Recurso de Agravo de Instrumento nº 2171670-43.2021.811.8.26.0000, instado a se manifestar sobre o assunto, consignou que o crédito não relacionado à atividade rural, conforme a intelecção do §6º do art. 49 da LRF, não se sujeita à recuperação judicial do produtor. Veja-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – Decisão que determinou a suspensão do processo de execução nos termos do art.52, inciso III da Lei 11.101/05 em razão do deferimento da recuperação judicial dos devedores. Devedores que são produtores rurais e obtiveram a concessão de recuperação judicial. Crédito do exequente que, apesar de ter sido constituído anteriormente à recuperação judicial, não tem relação com o exercício da atividade rural. Inteligência do § 6º, do artigo 49 da LRE que não submete aos efeitos da

> recuperação judicial créditos outros que não relacionados à atividade rural. Precedentes deste C. TJSP. Ademais, um dos coobrigados não é parte do processo de recuperação, razão pela qual em seu detrimento a execução deveria ter prosseguido. Recurso provido.
> (Tribunal de Justiça de São Paulo; Agravo de Instrumento 2171670-43.2021.8.26.0000; Relator (a): Nuncio Theophilo Neto; Órgão Julgador: 19ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/02/2023; Data de Registro: 28/02/2023)

Assim sendo, em que pesem os apontamentos da doutrina capitaneada por Marcelo Barbosa Sacramone, entendemos que, na esteira de outras disposições legislativas, a exclusão referida alhures decorre de uma opção do legislador, cujo objetivo perseguido, para além de limitar o alcance do processo concursal ao produtor rural, foi o de evitar maiores restrições do acesso ao crédito pelo aludido empresário rural, mitigar eventual recrudescimento na exigência de documentos e garantias atreladas ao crédito, bem como o de prevenir o aumento nas taxas de financiamento, situações essas devidamente pontuadas na nota técnica econômico-financeira solicitada pela ABIOVE – Associação Brasileira das Indústrias de Óleos Vegetais, em 2019, à empresa de consultoria especializada (LEIRIÃO FILHO 2022).

5.4 Dos créditos que decorram exclusivamente da atividade rural

Com relação aos créditos decorrentes do exercício da atividade rural, prescreve o §6º do art. 49 da LRF que se submeterão aos efeitos da recuperação judicial do produtor rural apenas e tão somente os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural, desde que os aludidos créditos tenham sido tempestivamente discriminados nos documentos contábeis apresentados pelo produtor, por ocasião do pedido de recuperação judicial. *Ex positis*:

> §6º Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos.

Essa parte dispositiva da LRF é bastante criticada pela doutrina majoritária, porquanto o registro da dívida nos documentos fiscais é atribuição exclusiva do devedor, que, eventualmente imbuído de conduta duvidosa, poderá escolher quais créditos se sujeitarão ou não aos efeitos da sua recuperação judicial.

Nesse diapasão, assevera Anglizey Solivan de Oliveira (2021, p. 455) que:

> (...) somente se sujeitarão os créditos que, além de regularmente constituídos, tenham relação com a atividade rural e estejam discriminados nos documentos mencionados nos §§ 2º e 3º.
> A intenção do legislador é conferir transparência e estimular a adoção de boas práticas contábeis pelo setor, mas remanesce a questão de que, mesmo tendo o seu crédito devidamente constituído, o credor dependerá de ato unilateral do devedor – discriminação em documentos contábeis e fiscais – para ter o seu crédito incluído no rol inicial.

Sobre o assunto, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 632) sustentam que:

> Por força do mesmo art. 49, §6º, da LREF, as obrigações não contabilizadas do produtor rural não se sujeitam à recuperação judicial. Tem-se, aqui, uma regra de difícil compreensão. Em primeiro exame, parece uma norma de caráter punitivo e pedagógico, que, de um lado, penitencia o produtor rural pela não contabilização de suas operações (uma obrigação inerente a todo empresário), e, de outro, estimula a generalidade de seus pares a agir adequadamente. Afigura-se, portanto, em uma análise superficial, como uma regra oportuna.
> Ocorre que essa conclusão parcial não resiste a uma verificação mais criteriosa. A falta de simetria da regra com o regime geral recuperatório, que não prevê a exclusão da obrigação não contabilizada dos efeitos da recuperação para os demais créditos, causa estranheza ao mesmo tempo em que gera uma diferenciação de tratamento jurídico injustificável, dado que a LREF deveria assegurar tratamento igual a todos que se encontram na mesma situação.

Enfrentando o tema, o Tribunal de Justiça de São Paulo, quando do julgamento do Recurso de Agravo de Instrumento nº 2231308-70.2022.8.26.0000, asseverou que se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial do produtor rural apenas e tão somente aqueles créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos contábeis e fiscais, prévia e tempestivamente entregues aos órgãos de fiscalização competentes. *Ipsis litteris*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Execução de Título Extrajudicial. Insurgência em face da Decisão que deferiu a suspensão dos atos executivos em face dos agravados pessoa física e pessoa jurídica pessoa jurídica em recuperação judicial. Deferido o processamento da recuperação judicial, todas as execuções em curso devem ser sobrestadas em face do devedor, pelo prazo de 180 (cento e oitenta dias) contados da decisão que autorizou a recuperação (Artigo 6º, caput, e § 4º da Lei 11.101/2005). Suspensão que, porém, não se estende aos coobrigados. Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso. Aplicabilidade do Artigo 49, § 1º, da Lei 11.101/2005. Incidência do teor vinculante do Tema 885 do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.333.349/SP). Pessoa física figura como produtor rural e foi abrangido pelos efeitos da recuperação judicial. Incidência, porém, do teor dos Artigos 49, § 6º e 48, § 3º da Lei 11.101/2005. **Apenas estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos previstos em lei**. Agravante que comprova que crédito não foi obtido para o exclusivo exercício de sua atividade rural. Decisão reformada, para autorizar a continuidade da execução em face do produtor rural. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> (Tribunal de Justiça de São Paulo; Agravo de Instrumento 2231308-70.2022.8.26.0000; Relator (a): Penna Machado; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 21ª Vara Cível; Data do Julgamento: 07/12/2022; Data de Registro: 08/12/2022). (Grifo nosso).

Com posicionamento similar, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais salientou que apenas os créditos relacionados com a atividade rural se sujeitam ao regime da recuperação judicial do produtor rural, com exceção daqueles expressamente excluídos do concurso de credores, consubstanciado nos créditos que, embora se relacionem com a atividade rural, não estejam lançados previamente nos documentos contábeis e fiscais, tempestivamente entregues às autoridades de fiscalização competentes. Textualmente:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PRODUTOR RURAL - REGIME JURÍDICO ESTABELECIDO PELO CÓDIGO CIVIL - TRATAMENTO LEGAL DIFERENCIADO - INSCRIÇÃO PERANTE A JUNTA COMERCIAL - EMPRESÁRIO RURAL - REGIME JURÍDICO EMPRESARIAL - EFEITOS EX TUNC - ATIVIDADE REGULAR - DEFERIMENTO DO PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DECISÃO MANTIDA. 1. A legislação civil adotou um tratamento diferenciado para os empreendedores rurais, ao estabelecer a facultatividade de sua prévia inscrição perante o órgão competente para que possa empreender, sendo certo que sua situação é regular, estando inscrito ou não perante a Junta Comercial, razão pela qual, diversamente do empresário comum, o ato de registro possui efeito ex tunc. 2. O acolhimento do pedido de cisão dos créditos anteriores ao registro do empreendedor rural inviabilizaria a própria Recuperação Judicial, que tem por valor primordial a proteção à ordem econômica, com a continuidade da atividade de exploração econômica e preservação da empresa, consoante dispõe o art. 47, da Lei n.º 11.101/2005. **3. Inexiste qualquer dúvida nos autos de que os empréstimos e financiamentos realizados foram destinados a atividade rural, sobretudo a agrícola, sujeitando-se às regras da presente Recuperação Judicial, com exceção apenas daqueles expressamente excluídos do concurso de credores.** 4. Restando devidamente comprovado que os autores exercem, há mais de 02 (dois) anos atividade econômica rural, de forma regular, atendida a condição legal prevista no caput do art. 48, da Lei n.º 11.101/2005, devendo ser mantida a decisão que deferiu o pedido de recu-

> peração judicial, incluindo os débitos contraídos no período anterior à inscrição do empreendedor rural perante a Junta Comercial. 5. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.20.550343-6/000, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/11/2021, publicação da súmula em 17/11/2021). (Grifo nosso).

Assim sendo e na esteira dos comentários consignados preteritamente, não obstante os apontamentos da doutrina contrária anteriormente citada, a referida exclusão decorre de uma opção do legislador, cujo objetivo, para além de limitar o alcance do processo concursal ao produtor rural, foi o de evitar maiores restrições do acesso ao crédito, mitigar eventual recrudescimento na exigência de documentos e garantias atreladas ao crédito, bem como o de prevenir o aumento nas taxas de financiamento.

Outrossim, a exemplo do registro feito nos subtópicos anteriores, asseveramos igualmente que os créditos relacionados à atividade rural, sem o devido lançamento nos documentos contábeis e fiscais do produtor rural, muito embora não se submetam aos efeitos da sua recuperação judicial, poderão se sujeitar ao regime falimentar eventualmente deflagrado, por força da norma encartada na alínea *a* do inciso VI do art. 83 da LRF.

5.5 Dos créditos oriundos de recursos controlados

Prosseguindo com o estudo dos créditos sujeitos e não sujeitos ao regime recuperacional do produtor rural, destacamos o quanto disposto nos §§ 7º e 8º do art. 49 da LRF, cuja redação estabelece que os créditos decorrentes de recursos controlados, consubstanciados nas linhas de crédito oficiais regidas pela Lei nº 4.829/1965, se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, salvo quando tais recursos já tenham sido objeto de renegociação prévia ao pedido de recuperação judicial, na forma de ato expedido pelo Poder Executivo. Veja-se:

> §7º Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os recursos controlados e abrangidos nos termos dos arts. 14 e 21 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965.
> §8º Estarão sujeitos à recuperação judicial os recursos de que trata o § 7º deste artigo que não

> tenham sido objeto de renegociação entre o devedor e a instituição financeira antes do pedido de recuperação judicial, na forma de ato do Poder Executivo.

Neste particular, anotamos que os créditos rurais oficiais, regulamentados pela Lei nº 4.829/1965, se traduzem em recursos financeiros concedidos por entidades públicas e estabelecimentos de crédito privados ao produtor rural ou às suas cooperativas, cujos recursos devam ser aplicados exclusivamente nas atividades indicadas pela legislação em vigor.

Igualmente, como bem salienta Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 247):

> Os recursos para as operações de crédito rural oficial, nos termos da Lei 4.829/1965, são recursos controlados e decorrem de ação governamental, que determina a disponibilização de recursos, as taxas de juros e demais questões relacionadas a financiamento rural. Os recursos têm origem diversa, mas dentre ela as dotações orçamentárias atribuídas aos órgãos do Sistema Nacional de Crédito Rural, bem como o percentual obrigatório dos depósitos à vista imposto às instituições financeiras e que deverão ser destinadas ao crédito rural oficial.

Com essas considerações, facilmente podemos concluir que apenas estará sujeito aos efeitos da recuperação judicial do produtor rural o crédito rural oficial que não tenha sido objeto de prévia renegociação com a entidade pública ou privada que o concedeu na origem, na forma de ato expedido pelo Poder Executivo.

Discorrendo sobre o tema, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 633) nos esclarecem, mesmo sem a intenção de esgotar o assunto, que o crédito rural, por sua natureza, é um crédito concedido mediante termos e condições diferenciados daqueles comumente praticados pelo mercado financeiro, na medida em que o objetivo é justamente estimular o desenvolvimento econômico do país. *In verbis*:

> (...). A compreensão dessa regra de extraconcursalidade depende da assimilação do conceito de *crédito rural*, que, por sua vez, só pode ser compreendido no contexto da *política agrícola*,

> regulada na Constituição Federal, na parte destinada à Ordem Econômica e Financeira, a chamada "*constituição econômica*".
> (...).
> "*Crédito rural*" é o crédito concedido a taxas de juros e condições de pagamento diferenciadas em relação ao crédito ordinariamente praticado pelo Sistema Financeiro. Foi institucionalizado na Lei 4.829/1965 e a sua concessão é regulamentada, anualmente, por meio do *Manual de Crédito Rural* – ato normativo aprovado pelo Conselho Monetário Nacional (Lei 4.829/65-art. 16) e expedido pelo Banco Central do Brasil.
> No Manual de Crédito Rural, entre vários outros temas, constam regras para *renegociação administrativa* do crédito rural: item 2-6-9 para *renegociação ordinária*, e item 18 para *renegociação especial* (essa fundada, por exemplo, em algum evento climático ou biológico que tenha afetado a produção). Obtém-se, em suma, um parcelamento diretamente junto aos bancos credores, nas condições estabelecidas no referido manual.
> (...).
> **Na prática, tem-se, aqui, uma regra jurídica com função semelhante à cláusula de barreira que impede o devedor oportunista de se utilizar da recuperação judicial para, reiteradamente reestruturar suas obrigações (art. 48, II e III)**. Ao vedar o emprego sequencial das renegociações administrativa e judicial, **tudo indica que a intenção do legislador foi *presumir a inviabilidade do empresário rural* que necessita de múltiplos instrumentos de reestruturação, bem como evitar que o credor se submeta a um sacrifício presumidamente desmedido frente ao potencial benefício da preservação da empresa.** (Grifo nosso).

Dentro dessa concepção, perfilhamos do entendimento segundo o qual pretender a renegociação coletiva do crédito rural oficial, que, na sua essência, já conta com taxas de juros e condições diferenciadas, é acender um alerta acerca da eventual inviabilidade econômica da atividade desempenhada pelo devedor, especialmente quando o aludido crédito já tenha sido

objeto de renegociação administrativa nos moldes estabelecidos pelo Poder Executivo.

Ademais, pedimos *vênia* à corrente contrária ao nosso posicionamento, que tem entre os seus expoentes Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 248), para quem a melhor interpretação dos dispositivos ora em exame seria a desconsideração da renegociação administrativa realizada previamente ao pedido de recuperação judicial, de modo a submeter aos efeitos do aludido pedido o crédito rural com os termos e condições originalmente ajustados. Senão, vejamos:

> (...), a melhor interpretação do dispositivo para que se garantam toda a coletividade de credores e a própria equidade de tratamento entre os demais credores que conferiram também créditos rurais é que a novação anterior não será mantida na hipótese de pedido de recuperação judicial, mas que o crédito originário, deduzido o que foi anteriormente pago, seja submetido à recuperação judicial.

Todavia, conforme destacado alhures, mesmo a sugestão interpretativa ora apresentada não nos parece a melhor saída, justamente porque restaria implícita a inviabilidade da atividade rural desempenhada pelo devedor, ao pretender renegociar operações financeiras realizadas com taxas de juros e condições mais atraentes daquelas regularmente ajustadas em outras transações.

Por fim, igualmente, asseveramos que a exclusão anteriormente mencionada decorre de uma opção do legislador, cujos objetivos já foram ressaltados em linhas pretéritas. Da mesma forma, salientamos que os créditos em referência, muito embora não se submetam aos efeitos da sua recuperação judicial, poderão se sujeitar ao regime falimentar eventualmente deflagrado, por força da norma constante na alínea *a* do inciso VI do art. 83 da LRF, na modalidade alusiva aos créditos quirografários.

5.6 Dos créditos constituídos no triênio anterior ao pedido de recuperação judicial para aquisição de propriedade rural

Dando continuidade à análise dos créditos sujeitos e não sujeitos à recuperação judicial do empresário rural, passamos a discorrer sobre os créditos constituídos no triênio anterior ao seu pedido de recuperação judicial, com vistas à aquisição de pro-

priedade rural, na forma prevista no §9º do art. 49 da LRF. *Ex positis*:

> §9º Não se enquadrará nos créditos referidos no *caput* deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias.

Dentro do cenário estabelecido no dispositivo anteriormente mencionado, não podemos deixar de observar que o empresário rural, ao celebrar contrato de financiamento para aquisição de propriedade rural, deve ter em mente que tal crédito, assim como as garantias a ele atreladas, não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial ajuizada no triênio subsequente à aludida contratação. *Contrario sensu*, quando se tratar de contrato de crédito celebrado para aquisição de propriedade rural, em período superior a três anos e imediatamente anterior ao pedido de recuperação judicial, o crédito e as garantias em referência se sujeitarão aos efeitos do pedido recuperacional.

Outrossim, pondera Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 248) que, *"diante da falta de especificação do dispositivo legal, não há necessidade de o mutuário revelar-se como produtor rural ou de a aquisição de propriedade rural ser para o desenvolvimento de sua atividade produtiva"*.

Ainda, para a doutrina de Marcelo Barbosa Sacramone, não obstante a norma excludente tenha por objetivo a manutenção do acesso ao crédito sem a majoração das taxas de juros, a mesma se reveste de opção legislativa indesejável, porquanto possibilita a retirada de bem essencial da esfera patrimonial do devedor. Consignamos, contudo, que a propriedade rural adquirida nos termos do §9º do art. 49 da LRF somente será considerada bem de capital essencial à manutenção das atividades do devedor apenas quando a aquisição se der para o desenvolvimento de sua atividade produtiva.

Abordando o assunto, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 635) salientam que:

> Essa curiosa regra de imunidade, de difícil justificação frente a outras obrigações que estão sujeitas aos efeitos dos institutos recuperatórios, consiste, na verdade, em **uma resposta – bas-**

> **tante desajeitada, diga-se de passagem – aos excessos cometidos por alguns produtores rurais que, logo após adquirirem grandes propriedades imobiliárias mediante pagamento parcelado, ingressaram com recuperação judicial para renegociar integralmente esse débito**. (Grifo nosso).

De igual modo, registramos novamente as lições empreendidas por Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 248), para quem a norma em comento deve ser interpretada restritivamente, exigindo-se, portanto, que o contrato de crédito com vistas à aquisição de propriedade rural especifique, criteriosamente, a referida propriedade, de modo que a ausência dessa descrição minuciosa acarretará a sujeição do crédito aos efeitos do pedido de soerguimento. *Ipsis litteris*:

> Nesse sentido, deve ser interpretada a hipótese de forma restritiva. O crédito para a aquisição da propriedade rural deverá ter especificamente a propriedade rural a ser adquirida. O crédito genérico, utilizado para a aquisição da propriedade rural pelo devedor, não foi considerado protegido da recuperação judicial sequer pelo credor ao fixar as condições para sua concessão, de modo que não permite sua não submissão à recuperação judicial.

Por fim, a par dessas considerações, novamente fazemos a ressalva de que a exclusão anteriormente mencionada, para além de se traduzir em uma opção legislativa, poderá se submeter ao regime falimentar eventualmente deflagrado, por força da norma encartada na alínea *a* do inciso VI do art. 83 da LRF.

5.7 Dos créditos originados de cédula de produto rural

Outra alteração significativa produzida pela Lei nº 14.112/2020, em relação à recuperação judicial do produtor rural, foi a exclusão da sujeição da Cédula de Produto Rural – Física aos seus efeitos, quando houver a antecipação parcial ou total do preço, ou, ainda, quando restar configurada a operação *barter*. *Legem habemus*:

> Art. 11. Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os créditos e as garantias cedulares

> vinculados à CPR com liquidação física, em caso de antecipação parcial ou integral do preço, ou, ainda, representativa de operação de troca por insumos (*barter*), subsistindo ao credor o direito à restituição de tais bens que se encontrarem em poder do emitente da cédula ou de qualquer terceiro, salvo motivo de caso fortuito ou força maior que comprovadamente impeça o cumprimento parcial ou total da entrega do produto.

Na esteira dos relatos de José Afonso Leirião Filho (2022, p. 156):

> A desidratação dos créditos sujeitos ao com concurso seguiu com a alteração da Lei 8.929/1994 pela reforma (Emenda 11), para que os créditos e as garantias vinculados à Cédula de Produto Rural – CPR, com liquidação física, em caso de antecipação parcial ou integral do preço, ou ainda, representativa de operação de troca por insumos (*barter*), não se sujeitem à recuperação judicial. Houve aqui veto da Presidência da República, sob o argumento de que a matriz de crédito do setor seria prejudicada, todavia, o veto foi parcialmente derrubado pelo Congresso Nacional, (...).
> Quanto à alteração à Lei 8.929/1994, ressalta-se que redação similar e o objetivo de prever a extraconcursalidade aos créditos vinculados à CPR foi discutida no Projeto de Lei que culminou na Lei 13.986/2020. Contudo, a redação final da chamada "Lei do Agro" acabou por não contar com a previsão, mas tão somente com a inclusão de parágrafo único ao seu artigo 5º, em que a questão da declaração da essencialidade é tratada.

Registrados os apontamentos alusivos à reforma legislativa outrora empreendida, com o fito de se demonstrar que a norma excludente resultou de nítida opção do legislador ordinário, passamos a tratar, amiúde, dos créditos e garantias efetivamente excluídos dos efeitos da recuperação judicial do produtor rural, vinculados à Cédula de Produto Rural – CPR, especialmente porque a referida legislação fez uma clara distinção entre as Cédulas de Produto Rural absolutamente excluídas e as demais.

Nesse diapasão, destacamos que a Lei 8.929/1994, que instituiu a Cédula de Produto Rural, estabelece que a CPR é um títu-

lo de crédito à ordem, líquido e certo, representativo de promessa de entrega de produtos rurais ou do valor nela expresso, com ou sem garantia a ela vinculada, cuja criação foi idealizada objetivando o fomento e o financiamento do agronegócio. *Ex positis*:

> Art. 1º Fica instituída a Cédula de Produto Rural (CPR), representativa de promessa de entrega de produtos rurais, com ou sem garantias cedularmente constituídas.
> § 1º Fica permitida a liquidação financeira da CPR, desde que observadas as condições estipuladas nesta Lei.
> § 2º Para os efeitos desta Lei, produtos rurais são aqueles obtidos nas atividades:
> I - agrícola, pecuária, florestal, de extrativismo vegetal e de pesca e aquicultura, seus derivados, subprodutos e resíduos de valor econômico, inclusive quando submetidos a beneficiamento ou a primeira industrialização;
> II - relacionadas à conservação, à recuperação e ao manejo sustentável de florestas nativas e dos respectivos biomas, à recuperação de áreas degradadas, à prestação de serviços ambientais na propriedade rural ou que vierem a ser definidas pelo Poder Executivo como ambientalmente sustentáveis;
> III - de industrialização dos produtos resultantes das atividades relacionadas no inciso I deste parágrafo;
> IV - de produção ou de comercialização de insumos agrícolas, de máquinas e implementos agrícolas e de equipamentos de armazenagem.
> (...).
> Art. 4º A CPR é título líquido e certo, exigível pela quantidade e qualidade de produto ou pelo valor nela previsto, no caso de liquidação financeira.

No que se refere às modalidades de CPR, destacamos a **CPR-Física**, consubstanciada na promessa de entrega de produtos rurais, bem ainda a **CPR-Financeira**, a qual, por sua vez, se caracteriza como sendo uma promessa de pagamento do valor expresso na referida cédula. Eis o cerne da questão, porquanto, o art. 11 da Lei nº 8.929/1994 apenas faz referência à CPR-Física, cujo preço tenha sido total ou parcialmente antecipado, ou, ain-

da, aquela traduzida na operação *barter*, que é quando a antecipação do preço, seja ela total ou parcial, tenha se efetivado por meio de insumos.

Dentro dessa concepção, oportunas são as lições de Marcus Reis (2021, p. 432), para quem:

> (...) *barter* é a troca de insumos para produção agrícola normalmente adquiridos antes do plantio, para utilização na própria produção agrícola, com pagamento a ser realizado posteriormente à colheita, utilizando-se, como moeda, parte dos mesmos produtos colhidos.
> Entretanto, não se trata de uma simples negociação de troca ou de escambo. Ao contrário, caracteriza-se pela formatação de operações complexas e bem aparelhadas, que normalmente são liquidadas financeiramente pela parte interessada nos produtos agropecuários, o chamado *offtaker*[6], que para a segurança da operação, trava o preço das *commodities* via *hedge*[7], em bolsas de mercadorias nacionais e internacionais, contando, por vezes, com a presença de uma instituição financeira apta a antecipar o pagamento de toda a operação aos compradores.
> (...).
> **Em resumo, *barter* é uma estratégia comercial que visa à troca de insumos por produção, com travamento de preços das *commodities* negociadas**. (Grifo nosso).

Discorrendo sobre a Cédula de Produto Rural, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 636) asseveram que:

> Um dos principais instrumentos de financiamento do agronegócio é a cédula de produto rural (ou simplesmente CPR), instituída com a Lei 8.929/1994 (Lei da Cédula de Produto Rural ou LCPR).
> A CPR é um título de crédito por meio do qual o produtor rural promete entregar produto (soja, milho, gado, etc.), nas condições expressas no título (especificações de qualidade, quantidade,

6 Tomadores. Vendedores de insumos agrícolas.

7 Transação compensatória que visa proteger um operador financeiro contra prejuízos na oscilação de preços: proteção cambial.

> data e local de entrega), em troca (i) do recebimento de insumos (sementes, fertilizantes, defensivos, máquinas e implementos agrícolas) ou (ii) de recursos financeiros.
> Na primeira hipótese – troca de insumo por produtos –, tem-se a chamada operação *barter*, que nada mais é do que uma espécie de *permuta* (no esquema "*insumo por produto*"). Já na segunda se aproxima de uma operação de financiamento com quitação por dação em pagamento ("*dinheiro por produto*").
> A partir de 2001, passou-se a admitir que o produtor rural entregue dinheiro para quitar a obrigação gerada pelo recebimento dos insumos ou dos recursos financeiros para sua produção. Assim, a partir desse momento, independentemente do que recebe o produtor rural para financiar sua produção, a liquidação da CPR pode se dar: (i) com entrega efetiva do produto (*liquidação física*), considerada a forma originária de adimplemento da obrigação; ou (ii) pelo seu equivalente em dinheiro (*liquidação financeira*), nova modalidade de adimplemento.

Ainda, os autores citados anteriormente salientam que:

> Importa compreender a **diferença de tratamento entre a CPR de liquidação física e a CPR de liquidação financeira, <u>já que uma delas – a física – é imune aos efeitos da recuperação judicial</u> e a outra – a financeira – se sujeita integralmente a ela**. Não havendo uma razão ontológica para essa distinção, acredita-se que o legislador concluiu que o negócio jurídico subjacente à CPR-F se aproxima mais de um financiamento ordinário do que de uma operação típica do agronegócio, na qual há uma promessa de entrega de produto por meio do qual, por uma ficção jurídica, o credor já seria proprietário do bem. (Grifo nosso). (SCALZILLI, SPINELLI e TELLECHEA 2023, p. 637)

Instado a se manifestar sobre o assunto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em recente julgamento, consignou que a CPR emitida pelo devedor em decorrência da operação de antecipação e de *barter* possui natureza extraconcursal, cujo bem não se

reveste da essencialidade estabelecida na LRF, razão pela qual não se admite a suspensão dos atos constritivos deferidos em sede de execução judicial. Pelo exposto:

> RECUPERAÇÃO JUDICIAL - TUTELA CAUTELAR ANTECEDENTE APRESENTADO PELO DEVEDOR AGRAVADO - ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DO "STAY PERIOD" – PRODUTOR RURAL – EMISSÃO DE CÉDULAS DE PRODUTO RURAL - CPR (SOJA) - Decisão agravada que determinou a antecipação dos efeitos do "stay period", suspendendo por 180 dias todas as execuções ajuizadas contra o devedor, bem como a proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão ou constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor - Inconformismo da credora agravante - Acolhimento – O agravado LEONILSON, produtor rural, emitiu a favor da Agravante GAMELÃO Cédulas de Produto Rural (soja - safra 2022), decorrente de operação de antecipação (soja verde) e de "*barter*" "(troca de insumos). De um lado, a credora Agravante ajuizou cautelar de arresto, tendo sido deferida a liminar pelo Juízo de Itararé. De outro, os devedores distribuíram perante pedido de tutela antecipada, para suspender todas as execuções e atos constritivos, o que foi deferido pelo Juízo de Botucatu. **Mas a decisão agravada, proferida pelo Juízo de Botucatu, não pode afetar a credora agravante, considerando que seu crédito é extraconcursal (art. 11 da Lei n. 8.929/1994). Ademais, a CPR foi emitida em favor da GAMELÃO em virtude de operação de antecipação (soja verde) e de troca de insumos ("barter"), fato não negado pelos agravados. De conseguinte, não se há falar em bem de capital essencial às atividades dos agravados** - RECURSO PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.
> (Tribunal de Justiça de São Paulo; Agravo de Instrumento 2101008-20.2022.8.26.0000; Relator (a): Sérgio Shimura; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Botucatu - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 03/02/2023; Data de Registro: 03/02/2023). (Grifo nosso).

Acerca da eventual alegação de essencialidade do produto rural, objeto da CPR de liquidação física, Ramirhis Laura Xavier Alves (2023) defende que:

> À época do jugado (REsp 1.991.989), a ministra Nancy Andrighi afirmou que, para o juízo impedir a saída de bens da posse do devedor com base na ressalva legal da Lei 11.101/2005, é preciso que dois pressupostos sejam preenchidos cumulativamente: o bem precisa ser classificado como de capital e deve ser reconhecida sua essencialidade à atividade empresarial.
> Sabe-se, todavia, que o caso do produtor rural é atípica frente as demais empresas comuns, sendo necessária uma ressalva específica para tratar do caso, considerando que, na maioria das vezes, o produto agrícola é a principal moeda de troca capaz de fazer o seu negócio alavancar.
> Dentro dessa perspectiva, a prática de atos de constrição e expropriação patrimonial que possam colocar em risco a continuidade das atividades empresariais e a própria finalidade do instituto da recuperação, atenta contra a preservação da empresa e onera demasiadamente o devedor, que busca a reabilitação econômica de maneira regular.

Data máxima vênia, não corroboramos com o entendimento ora defendido, na medida em que, na esteira do que já restou acentuado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, no Recurso de Agravo de Instrumento nº. 1017207-51.2019.811.0000, as *commodities* se traduzem em ativos destinados à circulação, não se enquadrando, portanto, no conceito de bem de capital essencial à manutenção das atividades desempenhadas pelo devedor, porquanto, se trata de bens perecíveis (bens de estoque) e não de bens utilizados no processo produtivo.

Em continuidade, consignou o Desembargador Relator no aludido Recurso de Agravo de Instrumento que:

> (..), **os grãos objeto de arresto foram produzidos com a única finalidade de serem entregues ao final da colheita ao credor que financiou a sua própria produção, não se tratando, portanto, de bens que constitui-**

> **riam o ativo circulante dos agravados**. Logo, eles nem sequer deveriam ser considerados como fluxo de caixa, pois não poderia realizar a venda desse produto com a finalidade de fomento da safra seguinte. (Grifo nosso).

Da mesma maneira, entendemos que o produtor rural não se diferencia de qualquer outro empresário sujeito à LRF em decorrência da atividade por ele desenvolvida, especialmente porque, de igual modo, o estoque do empresário comum não se enquadra no conceito de bem de capital essencial a merecer a referida proteção legal. E isso se justifica, uma vez que o estoque do empresário comum, assim como o produto rural não constituem bens utilizados no processo produtivo com o fito de gerar mais renda ao devedor, como é o caso dos maquinários agrícolas, por exemplo.

Validando este posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do AgInt nos EDcl no AREsp nº. 1.960.434/PR, registrou que *"bem de capital é aquele utilizado no processo de produção (...), não se enquadrando em seu conceito o objeto comercializado pelo empresário (...)"*. Nestes termos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA N. 83/STJ. DECISÃO MANTIDA.
> 1. "A Corte Especial do STJ, no julgamento do EAREsp 1255986/PR, decidiu que a sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais) é o ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais" (AgInt no AREsp n. 1.994.838/SP, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/3/2022, DJe de 30/3/2022).
> 2. "**Bem de capital é aquele utilizado no processo de produção (veículos, silos, geradores, prensas, colheitadeiras, tratores etc.), não se enquadrando em seu conceito o objeto comercializado pelo empresário" (REsp n. 1.991.989/MA, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 3/5/2022, DJe de 5/5/2022)**.
> 3. Agravo interno a que se nega provimento.

> (AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.960.434/PR, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 10/10/2022, DJe de 17/10/2022.). (Grifo nosso).

Corroborando com o entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça, Marcelo Barbosa Sacramone (2023, p. 236), prescreve que:

> Pelo art. 49, §3º, portanto, três requisitos precisam estar presentes para se impedir a retomada. Necessário que tenha ocorrido o desdobramento da posse, que o bem seja de capital e, ainda, que o bem seja essencial à atividade empresarial.
> (...).
> A interpretação de bens de capital essenciais não pode ser estendida para todos os bens essenciais, de capital ou não. A norma legal, excepcional, ao restringir o direito do credor em retomar o próprio ativo, deve ser interpretada de forma restritiva.
> **Os bens de estoque, assim por serem destinados à alienação, ainda que imprescindíveis à atividade empresarial, não foram considerados pelo legislador como bens de capital e, por isso, poderiam ser livremente retomados pelo proprietário** (...). (Grifo nosso).

Com essas considerações, temos que a CPR com liquidação física e as garantias e ela vinculadas, cujo preço tenha sido antecipado total ou parcialmente, ou que resulte da troca por insumos (operação *barter*), não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial do produtor rural, por força do quanto disposto no art. 11 da Lei nº 8.929/1994. Todavia, a depender da garantia a ela vinculada, a norma excludente a que nos referimos não se estenderá ao regime falimentar eventualmente deflagrado, em razão da norma encartada na alínea *a* do inciso VI do art. 83 da LRF.

5.8 Dos créditos decorrentes de cédula imobiliária rural ou de cédula de produto rural com patrimônio rural em afetação a ela vinculada

Outra regra excludente relacionada à atividade do produtor rural é a norma prevista nos incisos do §4º do art. 10 da Lei nº 13.986/2020 (Lei do Agro), cuja redação estabelece que:

> § 4º O patrimônio rural em afetação ou a fração destes vinculados a CIR ou a CPR, incluídos o terreno, as acessões e as benfeitorias fixadas no terreno, exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes:
> **I - não são atingidos pelos efeitos da decretação de falência, insolvência civil ou recuperação judicial do proprietário de imóvel rural**; e
> **II - não integram a massa concursal**. (Grifo nosso).

Dentro desse cenário, importa-nos inicialmente tratar, mesmo que de maneira superficial, sobre o conceito de patrimônio rural em afetação, seu modo de constituição, sua finalidade e os efeitos dele decorrentes, entre os quais se insere a característica de extraconcursalidade do crédito e da garantia vinculados, aos efeitos da recuperação judicial e do regime falimentar do devedor.

Nesse diapasão, temos que patrimônio rural em afetação nada mais é do que uma segregação patrimonial realizada a partir de um imóvel rural, ou de uma parcela deste, em relação ao acervo patrimonial de uma pessoa física ou jurídica, destinada a garantir uma CPR ou uma CIR.

A intenção do legislador ao criar o patrimônio rural em afetação foi justamente conferir maior segurança aos credores dos créditos estampados na CPR ou na CIR, com vistas a mitigar os riscos da operação creditícia, além de promover o fomento do agronegócio e facilitar o acesso dos produtores rurais às linhas de crédito disponíveis no mercado.

Oportunamente, salientamos que, na esteira da previsão contida no §3º do art. 7º da Lei nº 13.986/2020, o PRA deverá observar, naquilo que couber, as regras alusivas à alienação fiduciária de bem imóvel encartada na Lei nº 9.514/1997 e no Código Civil/2002, especialmente quando houver o inadimplemento do crédito por ele garantido.

Dentro desse cenário, ressaltamos que a constituição do patrimônio rural em afetação se dará mediante requerimento do proprietário do imóvel rural endereçado ao RGI do local onde o bem está matriculado, cujo suporte jurídico da referida constituição será a escritura pública, devidamente registrada à margem da matrícula imobiliária do aludido imóvel rural.

Tratando do tema, João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 640) lecionam que:

> Como já mencionado no item 2.1.3, supra, o proprietário de imóvel rural, seja ele uma pessoa natural ou jurídica, poderá submeter seu imóvel rural (ou fração dele) ao regime de afetação, mediante solicitação por meio de registro de imóveis (arts. 7º e 8º).
> O terreno, as acessões e as benfeitorias nele fixados (exceto as lavouras, os bens móveis e os semoventes) constituirão patrimônio rural em afetação destinado a prestar garantias por meio de emissão de Cédula de Produto Rural (CPR) ou em operações financeiras contratadas pelos proprietários por meio de Cédula Imobiliária Rural (CIR), como dispõe o art. 7º, parágrafo único, da Lei 13.986/2020.

Vale registrar, no entanto, que a constituição do PRA é um procedimento administrativo prévio à emissão da CPR ou da CIR, cuja tramitação não dependerá da participação do credor do título.

Por outro lado, no que se refere aos efeitos advindos da constituição do PRA, registramos, em primeiro lugar, a relativização do princípio da unicidade patrimonial, vez que o regime de afetação estabelece que o titular de uma determinada massa patrimonial poderá segregar uma parcela desse acervo, para destiná-lo ao atendimento de uma finalidade específica.

De igual modo, consignamos que, a partir da constituição do PRA, bem ainda da sua vinculação a uma CPR ou a uma CIR, a esfera patrimonial segregada passa a ostentar a característica de incomunicabilidade com o acervo patrimonial geral do seu titular, de forma que o referido patrimônio não poderá ser objeto de constrição judicial oriunda de negócios jurídicos diversos daqueles ao qual se vinculou.

Ainda, em relação aos efeitos gerados a partir da constituição do PRA e da sua vinculação a uma CPR ou a uma CIR, regis-

tramos a característica da extraconcursalidade, cuja aludida característica confere ao PRA a condição de supergarantia, na medida em que, conforme dito alhures, o crédito por ele garantido não se submete aos efeitos da recuperação judicial ou extrajudicial, bem ainda ao regime falimentar do devedor.

Desse modo, em caso de inadimplemento da obrigação garantida pelo PRA, o credor estará autorizado a exercer o seu direito, consubstanciado na transferência do imóvel rural destacado para a sua titularidade definitiva, sem a necessidade de se observar o período de blindagem previsto na LRF.

Analisando a característica de extraconcursalidade atribuída ao PRA, os autores João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 641) destoam do posicionamento ora defendido, asseverando que:

> (...), os bens e os direitos integrantes do patrimônio rural em afetação não são atingidos pelos efeitos da recuperação judicial do proprietário de imóvel rural (Lei 13.986/2020, art. 10, §4º).
> (...), **a redação do §4º do art. 10 da Lei 13.986/20, que trata do patrimônio rural em afetação na recuperação judicial, é distinta da redação do §3º do art. 49 da Lei 11.101/05, que dispõe sobre a garantia fiduciária no mesmo contexto**.
> (...).
> **Diferentemente da LREF, a Lei 13.986/2020 estabelece uma imunidade da garantia (que permanece hígida, protegendo o crédito), mas não relativamente à obrigação creditícia em si (*i.e.*, crédito), que não foi excepcionada.** Dessa forma, o crédito de titularidade do proprietário do patrimônio rural em afetação pode sofrer os efeitos modificativos do plano de recuperação judicial.
> **Na prática, o credor titular de patrimônio rural em afetação participaria normalmente do processo de recuperação judicial, inclusive com direito de voz e voto no âmbito da assembleia geral de credores na votação no plano, por exemplo. Porém, a garantia vinculada a CIR ou a CPR não poderia ser atingida por créditos sujeitos à recuperação nem utilizada no contexto dos meios recuperatórios do devedor, permanecendo hígida e intacta até o fim do pro-**

> **cesso, salvo se o titular da garantia anuir**, (...). (Grifo nosso).

Veja-se que, para os referidos autores, muito embora o patrimônio rural em afetação não se sujeite aos efeitos da recuperação judicial do devedor, crédito a ele vinculado se submete, razão pela qual, na prática, o credor teria uma participação ativa no regime recuperacional, inclusive com direito a voto na assembleia geral de credores.

Esse posicionamento peculiar é muito semelhante à celeuma envolvendo o crédito garantido por alienação fiduciária prestada por terceiro, cujo tema levou o Tribunal de Justiça de São Paulo a editar o Enunciado VI do Grupo de Câmaras Reservadas de Direito Empresarial, segundo o qual:

> Inaplicável o disposto no art. 49, §3º, da Lei 11.101/2005, ao crédito com garantia prestada por terceiro, que se submete ao regime recuperacional, sem prejuízo do exercício, pelo credor, de seu direito contra o terceiro garantidor.

O enunciado ora citado busca amparo no fato de que, em se tratando de garantia alusiva à alienação fiduciária prestada por terceiro, não haveria a afetação de bem pertencente ao patrimônio da recuperanda, razão pela qual o crédito a ela vinculada estaria sujeito ao regime da recuperação judicial do devedor, sem prejuízo, contudo, do exercício de direito em face do terceiro garantidor, por meio da consolidação da propriedade plena do imóvel em nome do credor.

Entretanto, para o caso do crédito garantido por alienação fiduciária prestada por terceiro, entendemos que a identidade do fiduciante não descaracteriza a natureza extraconcursal do referido crédito, porquanto a Lei nº 11.11/2005 não teria feito essa distinção. Essa, inclusive, é a corrente acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça. *Ipsis verbis*:

> AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO GARANTIDO POR TERCEIRO. EXCLUSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.
> 1. **O crédito de titular da posição de proprietário fiduciário de bens imóveis ou móveis estão excluídos dos efeitos da recuperação**

> **judicial, ainda que a fidúcia tenha sido concedida por terceiro**.
> Precedentes.
> 2. Agravo interno não provido.
> (AgInt nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.875.972/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 3/3/2022.) (Grifo nosso).

Outrossim, diferentemente da doutrina acolhida por João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, nos filiamos ao posicionamento segundo o qual a intenção do legislador, ao criar o PRA, foi conceber uma garantia ainda mais robusta, com mecanismos de cobrança similar aos mecanismos adotados pela Lei nº 9.514/1997, cujo crédito a ela vinculado não estivesse sujeito aos efeitos da recuperação do devedor.

Validando nosso entendimento, Bruno Oliveira Castro e Emília Vilela (2021, p. 469) lecionam que:

> (...). E, sobre isso, é bem verdade que essa legislação conferiu ao produtor rural a possibilidade de alavancagem do seu patrimônio, na medida em que com a segregação de apenas um imóvel será possível alcançar o acesso a vários créditos. Agora, é bem verdade também que a lei previu maior segurança ao respectivo credor de receber o seu crédito, quando dispõe no art. 10, §4º, I que as garantias de "patrimônio de afetação" não serão atingidas pelos efeitos da decretação da falência, insolvência civil ou recuperação judicial do proprietário de imóvel rural, havendo, ainda, quem diga que não se aplicará aqui a ressalva da essencialidade do bem.

Com essas considerações, podemos concluir que os créditos garantidos pelo patrimônio rural em afetação vinculado a uma CPR ou a uma CIR, por força do quanto disposto nos incisos do §4º do art. 10 da Lei nº 13.986/2020 (Lei do Agro), não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial e extrajudicial do devedor, bem ainda ao regime falimentar eventualmente deflagrado.

5.9 Dos créditos decorrentes de derivativos

Finalmente, com o advento da Lei nº 14.112/2020, restou inserido na Lei nº 11.101/2005 o art. 193-A, segundo o qual os

créditos decorrentes de derivativos não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial do devedor, salvo se houver saldo remanescente em face do devedor, não compensados na forma do §1º do dispositivo ora mencionado, bem ainda inexista garantia fiduciária a ele atrelada. Senão, vejamos:

> Art. 193-A. O pedido de recuperação judicial, o deferimento de seu processamento ou a homologação do plano de recuperação judicial não afetarão ou suspenderão, nos termos da legislação aplicável, o exercício dos direitos de vencimento antecipado e de compensação no âmbito de operações compromissadas e de derivativos, de modo que essas operações poderão ser vencidas antecipadamente, desde que assim previsto nos contratos celebrados entre as partes ou em regulamento, proibidas, no entanto, medidas que impliquem a redução, sob qualquer forma, das garantias ou de sua condição de excussão, a restrição do exercício de direitos, inclusive de vencimento antecipado por inexecução, e a compensação previstas contratualmente ou em regulamento.
> §1º Em decorrência do vencimento antecipado das operações compromissadas e de derivativos conforme previsto no *caput* deste artigo, os créditos e débitos delas decorrentes serão compensados e extinguirão as obrigações até onde se compensarem.
> §2º Se houver saldo remanescente contra o devedor, será este considerado crédito sujeito à recuperação judicial, ressalvada a existência de garantia de alienação ou de cessão fiduciária.

Primeiramente, insta salientar, na esteira das lições empreendidas por João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea (2023, p. 645), que:

> (...) os derivativos são contratos que se originam em um ativo subjacente, que pode ser ativo físico (soja, café, ouro) ou financeiro (ações, taxa de juros). Na prática, os contratos envolvendo derivativos funcionam como instrumentos financeiros que se originam e dependem do valor de um outro ativo, tido como ativo de referência.
> As operações compromissadas e de derivativos podem ter vencimento antecipado, desde que

> assim esteja previsto nos contratos celebrados entre as partes ou em regulamento. (...).
> Em decorrência do vencimento antecipado dessas operações compromissadas e de derivativos, os créditos e débitos delas decorrentes serão compensados e extinguirão as obrigações até onde se compensarem (LREF, art. 193-A, §1º). Após essa compensação, se houver saldo remanescente contra o devedor, tal montante será considerado crédito sujeito à recuperação judicial, ressalvado seu envolvimento em operação de garantia de alienação ou de cessão fiduciária (art. 139-A, §2º).

Para Marcus Reis (2021, p. 384):

> Derivativos caracterizam-se os contratos cujos valores dependem dos valores de outras variáveis mais básicas, tais como as *commodities* agrícolas. É um contrato em que se estabelecem pagamentos futuros, cujo montante é calculado com base no valor assumido por uma variável, que pode ser o preço de um outro ativo, a inflação acumulada no período, a taxa de câmbio, a taxa básica de juros ou qualquer outra variável dotada de significado ou valor econômico.
> Os contratos derivativos recebem essa denominação porque seu preço de compra e venda deriva do preço de outro ativo, denominado ativo objeto.
> No início do desenvolvimento dos mercados financeiros, os derivativos foram criados como forma de proteger os agentes econômicos (produtores ou comerciantes) contra os riscos decorrentes de oscilações de preços, durante períodos de escassez e superprodução do produto negociado.
> Atualmente, no entanto, a ideia central dos agentes econômicos, ao operar com derivativos, é obter um ganho financeiro nas operações, de forma a compensar perdas em outras atividades econômicas.

Sobre o assunto, Ricardo Genis Mourão (2021, p. 71), em sua dissertação de mestrado, salienta que:

> A par das referências ao vencimento antecipado e compensação de obrigações no âmbito do SFN

em leis e normas específicas, bem como com a recente inclusão do artigo 193-A na LRE, podemos concluir que estamos caminhando em busca de um grau maior de segurança jurídica, parecido com o que os *safe harbors* buscam atingir na legislação falimentar norte-americana. O presente trabalho joga luz sobre a questão, ressaltando a relevância do artigo 193-A da LRE para os contratos derivativos de balcão, proporcionando maior eficiência na gestão de riscos financeiros em prol da higidez do SFN.

Conforme vimos no presente trabalho, **no caso dos derivativos de balcão, em especial no CGD, temos a previsão de vencimento antecipado na hipótese de pedido de recuperação judicial por uma das partes**; dessa forma, a proposta de inclusão do referido artigo na LRE visa reforçar a validade de referida cláusula contratual.

(...): **existe sólida base legislativa e normativa para tal compensação no âmbito do SFN; a compensação gozava de tratamento preferencial na falência mas não recebia o mesmo tratamento na recuperação judicial**; o modelo norte-americano, que já nos serviu de inspiração tanto no que se refere ao CGD como no conceito de recuperação de empresa previsto no LRE, pôde nos inspirar mais uma vez quanto aos *safe harbors*, *closeout netting* e nos argumentos em defesa dos contratos *ex ante*.

(...). **Conforme vimos, o artigo 193-A tem caráter principiológico e exemplificativo, tendo por objeto proteger o exercício dos direitos de vencimentos antecipado e compensação nos contratos de derivativos (e nas operações compromissadas), cristalizando assim o montante líquido da exposição resultante do contrato derivativo no momento do pedido de recuperação judicial**.

Ora, tais contratos mencionados no artigo 193-A da LRE são celebrados antes da recuperação judicial, i.e., são contratos *ex ante* e, na lição dos professores Skeel e Triantis (conforme vimos no Capítulo 5), devem ser protegidos dos riscos associados a possibilidade de que as obrigações assumidas *ex ante* sejam alteradas por contratos celebrados *ex*

> *post*, ou seja, contratos celebrados durante o processo de recuperação judicial ou falência.

Outrossim, como bem salientaram Alexandre Correa Nasser de Melo, Eduardo Oliveira Agustinho e João de Oliveira Rodrigues (2023):

> Cabe observar que o cunho teleológico da inclusão desse dispositivo na reforma do sistema de insolvência foi objeto de destaque na relatório do parecer do deputado Hugo Leal, favorável ao substitutivo que resultou no texto final da Lei 14.112/20. **De acordo com o relator, este mecanismo ajuda a garantir às empresas que buscam tais operações no mercado financeiro, que haja uma maior oferta de crédito bancário**. (Grifo nosso).

Com essas considerações, facilmente podemos concluir que os fundamentos jurídicos que embasaram a inclusão da norma excludente ora em análise levaram em consideração o fato de que, em havendo créditos e débitos decorrentes do vencimento antecipado de contratos de derivativos, justo e pertinente é a compensação desses valores com vistas a extinguir as obrigações advindas dos aludidos contratos, até onde se compensarem, para então se apurar o saldo credor remanescente havido em face do devedor, cujo saldo, a depender da garantia atrelada ao contrato, se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial do devedor, bem ainda ao regime falimentar eventualmente deflagrado.

Validando o posicionamento anteriormente mencionado, o magistrado da 4ª Vara Empresarial da Comarca do Rio de Janeiro/RJ, ao analisar o pedido de recuperação judicial do Grupo Americanas, nos autos do processo 0803087-20.2023.819.0001, deferiu o processamento do pedido de recuperação judicial outrora formulado, onde restou consignado o dever de se observar o quanto disposto no art. 193-A da LRF, o que, implicitamente, permitiu que os credores titulares dos créditos decorrentes de contratos derivativos realizassem as referidas compensações. Essa informação foi veiculada no site do Valor Econômico[8].

Comentando o artigo 193-A da LRF, bem ainda a decisão que deferiu o processamento do pedido de recuperação judicial

[8] Https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/01/19/recuperacao-judicial-da-americanas-nao-impede-bancos-de-compensar-creditos-de-derivativos-diz-especialista.ghtml

formulado pelo Grupo Americanas, os autores Alexandre Correa Nasser de Melo, Eduardo Oliveira Agustinho e João de Oliveira Rodrigues (2023) pontuaram que:

> No caso da recuperação judicial do Grupo Americanas, tal tema veio à baila pelo fato da empresa devedora ter realizado contratos derivativos com credores financeiros, que opuseram embargos de declaração em face da decisão cautelar que havia suspendido as cobranças dos credores por trinta dias e determinado que nenhum contrato poderia ser declarado vencido em tal período, deixando de analisar o disposto no art. 193-A da Lei 11.101/2005.
> **Tal omissão foi afastada pela decisão de processamento da recuperação judicial proferida em 19/12/2023, na qual constou expressamente que as exceções previstas no artigo 193-A da lei recuperacional deveriam ser observadas, considerando-se a data de ajuizamento da medida cautelar que antecedeu o pedido de recuperação**.
> Diante de tal decisão, restou garantido o exercício dos direitos de vencimento antecipado e de compensação nas operações compromissadas e nos contratos derivativos daqueles credores que haviam realizado contratos com tais cláusulas, os quais têm buscado a liquidação de parte de seus contratos derivativos. (Grifo nosso)

Assim sendo e levando em consideração os apontamentos anteriormente apresentados, concluímos que a regra encartada no art. 193-A da LRF, para além de permitir o vencimento antecipado dos contratos derivativos (e das operações compromissadas), possibilitou também a compensação dos créditos e débitos resultantes do vencimento antecipado dos aludidos contratos, de modo que eventual saldo credor apurado em face do devedor poderá se sujeitar aos efeitos da recuperação judicial deste e ao regime falimentar eventualmente instaurado.

Conclusão

Em síntese, pode-se afirmar que, a partir da Lei nº 14.112/2020, expressamente se permitiu que o empresário rural, independentemente do tempo de inscrição no Registro Público de

Empresas e, desde que evidenciado o exercício da atividade rural por prazo superior a dois anos, além do atendimento de todos os demais requisitos exigidos pela Lei nº 11.101/2005, se valesse dos instrumentos na LRF.

Superada a questão do enquadramento do produtor como empresário rural, foi analisada a sujeição, ou não, dos créditos havidos em face do devedor, aos efeitos da recuperação judicial por ele ajuizada, entre os quais, (i) aqueles oriundos da prática de atos cooperativos; (ii) os que não se relacionam com o exercício da atividade rural; (iii) os que, muito embora se relacionem com o exercício da atividade rural, não estejam devidamente lançados nos seus documentos contábeis e fiscais, prévia e tempestivamente entregues às autoridades competentes; (iv) os oriundos de recursos controlados devidamente renegociados anteriormente ao ajuizamento da ação recuperacional; (v) os constituídos no triênio anterior ao pedido de recuperação judicial, cuja contratação tenha sido realizada com vistas à aquisição de propriedade rural; (vi) os decorrentes de CPR física com antecipação total ou parcial do preço; (vii) os garantidos por patrimônio rural em afetação, vinculados a uma CPR ou a uma CIR, e os (viii) decorrentes de contratos derivativos.

Oportunamente, salientamos que, em cada tópico analisado, trouxemos as particularidades e as correntes doutrinárias divergentes, sempre buscando mostrar os seus fundamentos jurídicos, bem ainda o posicionamento dos Tribunais de Justiça no enfrentamento desses temas.

Entretanto, como se trata de matérias oriundas da recente reforma legislativa empreendida pela Lei nº 14.112/2020, não podemos deixar de observar o pouco debate doutrinário e jurisprudencial envolvendo a temática posta, razão pela qual deduzimos se tratar de terreno fértil para a consolidação de novas teses jurídicas.

Referências

ALVES, Ramirhis Laura Xavier. *Consultor Jurídico - Conjur.* 03 de Jun de 2023. https://www.conjur.com.br/2023-jun-03/ramirhis-alves-recuperacao-judicial-produtor-rural (acesso em 01 de Ago de 2023).

BEDIN, Letícia Ramos, José Afonso LEIRIÃO FILHO, Ana Beatriz Bitencourt RAMOS, e Bruno Henrique ROSA. "**Considerações sobre os dados da recuperação judicial do produtor rural - da legitimação ao perfil de endividamento**." Em *Recupera-*

ção Judicial e Falência - Evidências Impíricas, por Marcelo Barbosa SACRAMONE, Marcelo Guedes NUNES e Rodrigo D´Orio DANTAS, 15-39. Indaiatuba: Foco, 2022.

BEZERRA FILHO, Manoel Justino. ***Lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005: comentada, artigo por artigo***. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BORTOLINI, Pedro Rebello. ***Recuperação judicial dos grupos de empresas - aspectos teóricos e práticos da consolidação processual e substancial***. Indaiatuba, São Paulo: Editora Foco, 2023.

BRASIL. *Receita Federal do Brasil.* s.d. http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=126687#2379565 (acesso em 21 de Julho de 2023).

BURANELLO, Renato. ***Cédula de produto rural: mercado agrícolas e financiamento de produção***. Londrina: Thort, 2021.

CARROZZA, Antonio, e Ricardo ZELEDON. ***Teoria general e institutos de derecho agrario***. Buenos Aires: Astrea, 1990.

CASTRO, Bruno Oliveira, e Emília VILELA. "**Créditos sujietos à recuperação judicial do produtor rural.**" Em *Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, por Luis Felipe Salomão, Flávio Tartuce e Daniel Carnio Costa, 461-470. Barueri: Atlas, 2021.

COELHO, Fábio Ulho. ***Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas***. São Paulo: Saraiva, 2005.

DE OLIVEIRA, Anglizey Solivan. "**Pressupostos do pedido de recuperação judicial do produtor rural: evolução da jurisrpudência e inovações introduzidas pela Lei 14.112/2020.**" Em *Recuperação de Empresas e Falência: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência*, por Luis Felipe Salomão, Flávio Tartuce e Daniel Carnio Costa, 447-459. Barueri: Atlas, 2021.

LEIRIÃO FILHO, José Afonso. "**Créditos não sujeitos à recuperação judicial do produtor rural - dados, hipóteses e a reforma pela Lei 14.112/2020.**" Em *Recuperação Judicial e Falência - Evidências Impíricas*, por Marcelo Barbosa SACRAMONE, Marcelo Guedes NUNES e Rodrigo D´Orio DANTAS, 143-162. Indaiatuba: Foco, 2022.

LIMA, Alessandra Monteiro Araujo, Aluísio de Freitas MIELE, Ana Lívia Carvalho SILVA, e Filipe DENKI. **"Análise comparativa entre os planos de recuperação judicial de produtor rural e das demais atividades empresariais no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo.**" Por Marcelo Barbosa SACRAMONE, Marcelo Guedes NUNES e Rodrigo D´Orio DANTAS, 425-453. Indaiatuba: Foco, 2022.

MELO, Alexandre Correa Nasser de, Eduardo Oliveira AGUSTINHO,

e João de Oliveira RODRIGUES FILHO. *Consultor Jurídico - Conjur.* 06 de Abr de 2023. https://www.conjur.com.br/2023-abr-06/opiniao-artigo-193-lei-11101-americanas (acesso em 02 de Ago de 2023).

MOURÃO, Ricardo Genis. **"Vencimento antecipado e compensação de contratos derivativos na recuperação judicial: o tratamento dos derivativos de balção na Lei de Recuperação e Falências.**" *Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.* São Paulo, 02 de Ago de 2021.

REIS, Marcus. ***Crédito Rural***. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2021.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. ***Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falências***. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SATIRO, Francisco. ***"Agro é pop": a questão da recuperação judicial do produtor rural individual e seus efeitos sobre as obrigações do devedor.*** 20 de ago. de 2020. https://www.academia.edu/43907347/_Agro_%C3%A9_pop_a_quest%C3%A3o_da_recupera%C3%A7%C3%A3o_judicial_do_produtor_rural_individual_e_seus_efeitos_sobre_as_obriga%C3%A7%C3%B5es_do_devedor (acesso em 22 de jul. de 2023).

SCALZILLI, João Pedro, Luis Felipe SPINELLI, e Rodrigo TELLECHEA. ***Recuperação de empresas e falência: teoria e prática na Lei 11.101/2005***. São Paulo: Almedina, 2023.

SCHOMMER, Matheus Oliva. "**Recuperação judicial do produtor rural - novações da Lei 11.101/2005, trazidas pela Lei 14.112/2020.**" Em *Falências e recuperação de empresas: análises do sistema brasileiro de insolvência empresarial*, por Alexandre Nasser DE MELO, Eduardo Oliveira AGUSTINHO e João de Oliveira RODRIGUES FILHO, 281-291. Curitiba: Juruá, 2023.

Amargurado dulçor: poder, submissão, coronelismo e cangaço na decadência dos engenhos açucareiros nordestinos através de *Fogo Morto*

Pedro Henrique Almeida Queiroz
Advogado
Pós-graduando em Direito Público e em Tribunal do Júri e Execução Penal pela Faculdade Legale
Associado ao Instituto de Direito Sanitário Aplicado e à Rede Brasileira Direito e Literatura

RESUMO

Para além da importância literária como romance modernista neorrealista, Fogo Morto (1943), de José Lins do Rego, é um painel histórico com valor documental, marcado por personagens desajustadas com as novas configurações econômicas e sociais, no qual está registrada uma pluralidade de narrativas fundamentais para a compreensão e ressignificação dos contextos sociojurídico e sociopolítico à época, tais como a abolição da escravatura, a decadência dos engenhos açucareiros e a degradação humana frente à modernização, fenômenos como o banditismo, o cangaço, o coronelismo, o mandonismo e o patriarcalismo. Nesse cenário, a presente pesquisa, que se coloca no marco dos estudos do Direito e Literatura, objetivou identificar as principais relações de submissão e disputas de poder presentes no enredo da obra. Inobstante, intentou-se averiguar como tais elementos se relacionam com as dinâmicas jurídicas, políticas, sociais, econômicas e culturais à época, sobretudo no que concerne ao coronelismo e ao cangaço.

Palavras-chave: Cangaço. Coronelismo. Direito e Literatura. *Fogo Morto*.

ABSTRACT

In addition to its literary importance as a modernist neorealist novel, Fogo Morto (1943), by José Lins do Rego, is a historical panel with documentary value, marked by characters who are maladjusted to the new economic and

social configurations, in which a plurality of fundamental narratives for the understanding and re-signification of the socio-legal and socio-political contexts at the time are written, such as the abolition of slavery, the decadence of sugar mills and human degradation in the face of modernization, phenomena such as *cangaço*, coronelism, *mandonismo* and patriarchy. In this scenario, the present research, which is placed within the framework of the studies of Law and Literature, aimed to identify the main relations of submission and power disputes present in the plot of *Fogo Morto*. Nevertheless, we tried to find out how these elements relate to the legal, political, social, economic and cultural dynamics at the time, especially with regard to coronelism and *cangaço*.

Keywords: Banditry. Coronelism. Law and Literature. *Fogo Morto*.

Introdução

As alegorias são, no reino dos pensamentos, o que as ruínas são no reino das coisas
Walter Benjamin

Fogo Morto, como outras obras regionalistas que lhe são contemporâneas, em especial, as do Ciclo da Cana de Açúcar, de José Lins do Rego, retrata e evidencia a estrutura social decadente do Nordeste brasileiro de início do século XX, quando toda uma fórmula de valores, autoridade e legitimidade é reiteradamente questionada nos acontecimentos narrados nas três partes do livro.

Para tanto, procurou-se identificar as principais relações de submissão e disputas de poder presentes no enredo da obra, a fim de averiguar como tais elementos se relacionam com as dinâmicas jurídicas, políticas, sociais, econômicas e culturais à época, sobretudo no que concerne ao coronelismo e ao cangaço, mas também os concatenando com as questões relativas: aos padrões de legitimidade e de autoridade; à relação entre poderes oficiais e poderes paralelos; à normatividade da ordem jurídica e à normalidade das relações sociais; às condições de sobrecidania e de subcidadania.

Em *Fogo Morto*, observa-se a instabilidade de uma ordem pré-moderna ou, mesmo, *anti-moderna* (ALBUQUERQUE JR., 2009, p. 23), marcada pelo *coronelismo*, pelo *mandonismo*, pelo *patriarcalismo*, pelo *banditismo*, por estruturas paralelas de poder

(FREYRE, 2004, p. 35; HOLANDA, 1995, p. 41; LEAL, 2012, p. 57; FAORO, 2012, p. 126), pela imobilidade social, por relações de exploração humana e pela existência de sobrecidadãos e de subcidadãos (NEVES, 1994, p. 83). Uma realidade na qual a própria ordem jurídico-política do Estado é a todo tempo desafiada por aqueles que estão aquém e aqueles que estão além dele.

Mais que um olhar distante ao passado, todas essas são estruturas e dinâmicas que deixaram marcas e ainda se fazem presentes na sociedade brasileira, quiçá, na própria identidade brasileira.

Dessa forma, esta pesquisa procurará identificar na narrativa de *Fogo Morto* alguns desses artifícios e desafios intrínsecos e determinantes à construção e compreensão do povo brasileiro.

Do ponto de vista metodológico, a presente pesquisa se coloca no marco do aporte metodológico peculiar ao *Direito na Literatura*[1] (OST, 2005, p. 43), relacionado às reflexões pertinentes às "formas sob as quais o Direito é representado na Literatura" (SCHWARTZ; MACEDO, 2008, p. 1020), privilegiando, assim, uma abordagem transdisciplinar (MITTICA, 2015, p. 25).

Acerca dos estudos em Direito e Literatura, vale mencionar a seguinte introdução ao tema, feita por Henriete Karam (2017, p. 828-829):

> O movimento Direito e Literatura inaugura um peculiar e promissor campo interdisciplinar que oferece novas possibilidades de compreensão tanto da natureza humana e dos conflitos sociais quanto dos impasses e desafios que o direito enfrenta na contemporaneidade. (...) Contrapondo-se ao tradicional viés dogmático, cientificista e convencionalista do Direito, bem como ao seu caráter normativo e repressor, a literatura (...) constitui importante recurso tanto para apurar a habilidade de leitura e desenvolver as competências de compreensão e interpretação de textos, essenciais à práxis jurídica, quanto para promover a ampliação do próprio horizonte de compreensão dos juristas e, portanto, a reflexão destes acerca dos fenômenos jurídicos e sociais. (...)

[1] "Que reúne os estudos dedicados à investigação das representações literárias da justiça e do direito, abarcando suas instituições, procedimentos e atores, bem como a temática concernente ao universo jurídico que se faz presente em textos literários, e no qual se verifica a ênfase em funções tradicionalmente atribuídas à literatura." (KARAM, 2017, p. 834)

> Em vista disso, teóricos do Direito e Literatura têm defendido a ideia de que a aproximação entre as duas áreas possibilitaria o aprimoramento da formação jurídica e cívica – no qual reside o principal ponto de partida do movimento *Law and Literature* – ao favorecer, por intermédio de obras literárias, visão mais profunda, complexa e esclarecedora da realidade humana, do mundo e das relações sociais.

Não obstante, o presente trabalho observou, também, os parâmetros para uma pesquisa histórico-jurídica sobre a obra de José Lins do Rego, buscando-se "uma aproximação àquela realidade nordestina que contrasta com as formas atuais do Estado, o que lhe permite até mesmo compreender melhor estas" (MANSUR, 2015, p. 119). Para além, levou-se em conta o elemento social presente na obra, conforme preceituou Antonio Candido (2006, p. 16):

> Quando fazemos uma análise deste tipo, podemos dizer que levamos em conta o elemento social, não exteriormente, como referência que permite identificar, na matéria do livro, a expressão de certa época ou de uma sociedade determinada; nem como enquadramento, que permite situá-lo historicamente; mas como fator da própria construção artística, estudado no nível explicativo e não ilustrativo.

1 Quando os engenhos açucareiros nordestinos se tornaram de fogo morto

Como bem observou Gilberto Freyre (1985, p. 9), "durante o período decisivo da formação brasileira, a história do Brasil foi a história do açúcar". Embora a cultura canavieira tenha começado a perder sua centralidade ainda no século XVII, ela subsistiu de forma significativa, cunhando e influenciando alguns dos traços mais marcantes da identidade brasileira. Além disso, sua perda de protagonismo não significou a extinção de toda uma sociedade moldada a partir de uma série de dinâmicas políticas, econômicas e sociais, que permaneceram se desenrolando de maneira significativa no Nordeste brasileiro, formando, ali o "Nordeste como uma construção imagética-discursiva" (ALBUQUERQUE JR., 2009, p. 320).

Vale ressaltar algumas questões biográficas de José Lins do Rego, as quais são de suma importância para entender o que é e o que permeia esse Nordeste zeliniano. Em *Literatura e Sociedade*, Antonio Candido analisa que se deve comparar a posição social do autor com a realidade social narrada, tal como suas aproximações teóricas sobre a realidade (CANDIDO, 2006). Pois bem, José Lins do Rego possuía posição privilegiada, uma vez que vivenciou de perto, na qualidade de neto de senhor de engenho, aquela realidade que foi retratada, bem como estudou na Faculdade de Direito do Recife. Não obstante, José Lins do Rego foi amigo íntimo de Gilberto Freyre, o qual influenciou bastante sua visão sobre a formação cultural, econômica, política e social do Nordeste.

Assim sendo, não é mera coincidência o "Ciclo da Cana de Açúcar" de José Lins do Rego retratar um Nordeste com tanta sincronicidade com a visão de Gilberto Freyre sobre a mesma região. Inclusive, tem-se a sensação que o município de Pilar de *Fogo Morto* é uma representação literária do que se lê em *Casa-Grande & Senzala* [1933], *Sobrados e Mucambos* [1936] e *Nordeste* [1937].

Fogo Morto, de José Lins do Rego, publicado pela primeira vez em 1943, é o "epílogo magistral do "Ciclo da Cana de Açúcar" (ANDRADE, 2002, p. 22), uma coleção de livros que, à partida, detinha-se a um registro memorial nostálgico dos engenhos açucareiros da Zona da Mata nordestina. No entanto, a coleção que "tem como objeto o drama do homem em conflito com o meio ambiente, os costumes, os fatos econômicos e sociais" (SILVA, 2016, p. 248) figura-se como um verdadeiro acervo de narrativas regionalistas neorrealistas, o qual transcende o valor de descrição social, ascendendo ao patamar de fonte para o entendimento da decadência dos engenhos nordestinos (BUENO, 2006).

Nesse sentido, Otto Maria Carpeaux, há muito, já reconhecia o valor histórico e sociológico da literatura de José Lins do Rego (2003, p. 47):

> Os historiadores do futuro (...) aproveitar-se-ão desse documento para reconstruir todo um mundo. Mas aos construtores sobrevivem os criadores, e à reconstrução sobrevive a vida. A obra de José Lins do Rego é mais, muito mais do que um documento sociológico; é qualquer coisa de vivo, porque o seu criador lhe deu o próprio sangue,

> encheu-a dos seus gracejos e tristezas, risos e lágrimas, conversas, doenças e barulhos, disparates, e da sua grande sabedoria literária. É eternamente jovem como o povo; é eternamente triste como o povo. (...) Por isso, é mais do que um documento dum mundo que se foi: é o seu monumento.

Trata, portanto, de um período de grandes crises e embates de mundividências, de transformações das circunstâncias políticas, econômicas, sociais e culturais, muito significativas para a formação e compreensão de algumas das fissuras, características e desafios ainda presentes à realidade brasileira na atualidade. Foi aquele um momento especialmente marcado pela reificação do humano e pelo esmagar de vidas moídas nos engenhos e processadas nas usinas, seguindo de perto a observação de Pontes de Miranda (1945, p. 17), que "nas épocas de grandes transformações sociais, sacolejadas pelas crises, as pessoas valem pouco: a vida tumultua, envolvendo, conformando os indivíduos, replasmando as maneiras de viver. Em vez de fazerem a história, dir-se-ia que é a história que os faz".

A maior parte dos acontecimentos de *Fogo Morto* sucede-se nas terras do engenho Santa Fé, nos arredores do município de Pilar, na Zona da Mata paraibana, onde havia "o sentimento de que a violência é natural" (FONSECA, 2005). O enredo desenvolve-se nos primórdios do século XX, embora haja uma regressão temporal no decurso da trama à época da fundação do engenho, em 1850. Assim sendo, o texto constitui "um imenso painel da sociedade rural do Nordeste, na transição da economia mercantilista para a economia pré-capitalista" (GOMES, 1981, p. 38).

Quando a economia pré-capitalista vigorava, o trabalho nos engenhos antigos se baseava no cultivo da cana e na produção do açúcar. Todavia, com o advento das usinas, os engenhos passaram apenas a fornecê-la para as indústrias açucareiras. Tendo esse fato histórico à vista, faz-se possível compreender o esfacelamento a que o mundo zeliniano se encontra:

> (...) Num contexto de ruína, o tempo-espaço e as personagens afirmam-se num texto de deterioração do ser. É relativo a esse fato histórico-social que o título da obra adquire maior significação: um engenho de "fogo morto" é aquele que não "bota" mais. É um engenho que su-

> cumbiu ao crescimento das indústrias e que fracassou em sua atividade produtiva. (PEREIRA, 2016, p. 7)

Esteticamente, Mário de Andrade comparou a estrutura da obra em três partes, com o movimento rítmico da sonata: "um alegro inicial que é a zanga destabocada de mestre José Amaro, um andante central que é o mais repousado Lula de Holanda na sua pasmaceira cheia de interioridade não dita, e finalmente o presto brilhante e genial do capitão Vitorino" (ANDRADE, 1944, p. 291). Essas personagens "transitam livremente entre razão e desrazão" (SOBREIRA, 1977, p. 182), bem como lidam com os conflitos sociais da realidade que os circunda, e, não estando preparados para conviver com a nova sociedade em transformação, a loucura, a solidão e a segregação aparecem como consequências da total inadaptação (SOUZA, 2017, p. 86).

Por conseguinte, o clima geral do romance é, ao mesmo tempo, tétrico e trágico: loucura, solidão, arrogância, inveja, desespero e morte são substantivos que compõem o comportamento das três personagens centrais, movidas pelo ódio, pelo ressentimento, pela amargura e pela lamentação (ANDRADE; PUCCI, 2015, p. 155).

Além disso, a obra retrata vividamente o patriarcado rural que tanto influenciou a formação das instituições políticas brasileiras (HOLANDA, 1995, p. 46). Este tem como desdobramento a dinâmica coronelista, baseada em relações de barganha entre o governo e os coronéis (CARVALHO, 1997, p. 60), que, em conluio com a violência, perpetrada tanto pelos agentes públicos, quanto pelos jagunços e cangaceiros – cujo chefe "era mais que o Estado" (REGO, 1957, p. 31) – forma uma estrutura de opressão em que se percebem *sobrecidadãos* e *subcidadãos*, isto é: aqueles que dispõem do Estado para seus interesses, mas a ele não se subordinam; e os que dependem do Estado, mas a ele não têm acesso (NEVES, 1994, p. 261).

Na conjuntura árida retratada na obra regionalista, em que "as posições sociais são claramente definidas e, dificilmente, intercambiáveis"; em que "seus heróis são de decadência e de transição, tipos desorganizados pelo choque entre um passado divorciado do futuro" (CANDIDO, 1991, p. 392), há um desequilíbrio de "antagonismos de economia e de cultura" (FREYRE, 1997, p. 53).

2 Dispustas de poder e relações de submissão: inflorescências do mal-estar e do desajuste com o *status quo*

Desde a primeira publicação, José Lins do Rego adotou uma divisão de capítulos de estrutura triangular, em que cada um desses carrega o nome de um dos personagens principais: quais sejam: Primeira Parte – O Mestre José Amaro; Segunda Parte – O Engenho de Seu Lula e Terceira Parte – O Capitão Vitorino.

Embora cada um deles tenha peculiaridades, origens distintas e, à primeira vista, não seja possível evidenciar semelhanças explícitas entre eles, no decorrer da trama, percebe-se que eles estão inseridos em um mesmo espaço-tempo, marcado por transformações disruptivas, ao passo que todos os três vivenciam um mal-estar e um desajuste com os novos tempos, que impactam, inclusive, as relações de submissão outrora existentes. Além disso, verifica-se também que os protagonistas enfrentam dispustas de poder decorrentes das mudanças e tentam resistir, cada um ao seu modo, lidando com os efeitos da modernização dos engenhos e a abolição da escravatura (FERLINI, 1988, p. 19).

Desse modo, depreende-se que cada um dos personagens principais encara desafios à sua própria existência, tentando suportar as consequências da decadência e das rupturas em suas vidas (LUCAS, 1987, p. 57). São indivíduos orgulhosos e inflexíveis, que preferem resistir, em vez de se adaptar, e, por isso, sofrem repercussões severas ao escolherem permanecer inertes aos desafios que surgiram.

Ademais, mestre José Amaro, coronel Lula de Holanda e capitão Vitorino Carneiro da Cunha explicitam suas atitudes radicais em defesa do orgulho próprio de forma reiterada. A obsessão de cada um deles, desconsiderando-se as particularidades individuais, associa-se às suas condições sociais. Desse modo, o orgulho do mestre José Amaro resiste na perspectiva de sua profissão de seleiro. Mesmo tendo consciência da industrialização, não se dobra, senão resiste em sua decadente tenda.

Na casa-grande do engenho Santa Fé, coronel Lula procura resistir valendo-se de seu *status* familiar, preservando sua perspectiva aristocrática, que já não tinha mais razão de ser. Isto é, Lula de Holanda vive de aparências e da complacência dos outros coronéis, é um rico decaído, capaz de passar fome, mas não a vergonha de ter de vender as propriedades. Um senhor de engenho vaidoso e autoritário, que foi abandonado pelos escravos, após a Lei Áurea, cujo engenho gerava fortunas, porém

agora é só mais um de fogo morto (ABDALA JÚNIOR *in* REGO, 2012, p. 11-12).

Há também o orgulho humanitário de capitão Vitorino, este protegido pela estrutura familiar dominante a que pertencia[2]. Ele se vale das brechas desse sistema para questioná-lo. Coloca-se como um herói popular, lunático e quixotesco.

Para além desse núcleo, gravita um agrupamento de personagens que são fundamentais e determinantes para o desenvolvimento do enredo, os quais corporificam o banditismo do cangaço e o coronelismo, quais sejam: coronel José Paulino e o cangaceiro Antônio Silvino[3]. A partir das disputas de poder e das relações de submissão exaradas por esses personagens é que se torna possível ter dimensão de como o cangaço e o coronelismo afetavam os padrões de legitimidade e de autoridade; a relação entre poderes oficiais e poderes paralelos; a normatividade da ordem jurídica e a normalidade das relações sociais; a atuação dos poderes constituídos na opressão e na de garantia de direitos; as condições de sobrecidadania e de subcidadania, dos contextos sociopolítico e sociojurídico à época.

Neste universo zeliniano, constata-se a disputa entre poderes oficiais e paralelos, em que o Estado não possui o monopólio da violência e do controle social, coexistindo, assim, tanto autoridades formais, quanto informais, igualmente reconhecidos e temidos pela população local, inclusive de autoritarismo comparável (HOLLANDA, 2012, p. 34).

Nesse contexto, há o agravante de que os valores políticos e sociais encontravam-se deturpados, daí a constante sensação de que se vivia em guerra em tempos de paz. A classe que detinha o poder estava em situação cômoda, ao passo que o povo era quem pagava pelos desmandos do cangaço. Os delegados de polícia eram comandados pelos coronéis: "Aonde já se viu autoridade ser como criado, recebendo ordem dos ricos?" (REGO, 2012, p. 57), e as autoridades eram corruptas.

Para além dos protagonistas masculinos, que dão nome aos capítulos de *Fogo Morto*, tem-se que as personagens femininas também exercem um papel central na obra, envolvendo-se em diversas disputas de poder durante a trama e figurando nas re-

---

[2] Capitão Vitorino possui parentesco com o coronel mais poderoso e influente da região, qual seja: José Paulino. Portanto, trata-se de um plebeu corajoso, um idealista em defesa dos mais fracos, de origem aristocrata, mas de condição financeira humilde.

[3] Com inspiração nítida na figura histórica de Lampião.

lações de submissão, sobretudo aquelas inseridas no meio doméstico. Nesta senda, cabe mencionar as principais personagens femininas da obra, quais sejam: Marta, filha de José Amaro, que, aos poucos, enlouquece; Sinhá, esposa de José Amaro, que acaba fugindo de casa; Olívia, filha de Tomás Cabral de Mello, que também enlouquece; Amélia, esposa de Lula de Holanda, que comanda sutilmente o engenho de Santa Fé e sente dó pela decadência do marido.

Em *Fogo Morto*, a condição feminina é cada vez mais estudada academicamente e figura no estado da arte dos estudos zelinianos, pois há uma complexidade peculiar nelas. Isto é, em um primeiro momento, parece que as mulheres em *Fogo Morto* serão personas de menor relevância no enredo, submissas ao patriarcado, aos pais e maridos. Todavia, todas elas demonstram ser ativas na busca de maior autonomia, contrapondo os padrões sociais e culturais de sua época (ARAUJO, 2021, p. 129). Assim como os homens, as mulheres de *Fogo Morto* demonstram seu mal-estar e desajuste com o período disruptivo e decadente que vivenciam, tal como sofrem com esse descontentamento (MACHADO NETO, 1971, p. 49). Além disso, as mulheres influenciam bastante na administração das disputas de poder presentes no enredo; entretanto, não têm seu mérito reconhecido. Elas são poderosas e subversivas, mas atuam nos bastidores da trama, enquanto os homens exercem seu papel de forma mais eloquente.

Há uma semelhança nos destinos das personagens femininas e masculinas em *Fogo Morto*, eles têm quase todos fins tristes. Tanto Marta, quanto Lula de Holanda enlouquecem; no entanto, a primeira sai de Pilar para ser tratada, enquanto o coronel permanece em seu engenho e fica obcecado pela religião, na qual ele encontra refúgio para sua melancolia. José Amaro se suicida, por não encontrar mais sentido em continuar vivendo, ao se deparar com a ruína de seu bem mais precioso: o orgulho. Já sua esposa, Sinhá, no auge do seu mal-estar com a situação de sua filha e desajustada com quem José Amaro se tornou, foge de Pilar, pois lá já não há mais propósito para ela.

No decorrer do enredo, observa-se que a condição feminina progride rumo à emancipação, pois as personagens femininas passam a criticar seu modo de vida submisso, tal como criticam seus pais e maridos. Por isso, as mulheres de *Fogo Morto* não aceitam os padrões de poder e submissão impostos e agem em busca de maior autonomia e protagonismo em suas vidas (RIBEIRO, 2009, p. 112). Ao mesmo tempo, as condições masculinas e patriarcais se mostram em crise, uma vez que personagens

como José Amaro e Lula de Holanda expõem serem machos, fortes e dominantes de início; contudo, vão se mostrando cada vez mais frágeis durante a evolução do enredo. Por isso, nota-se um movimento inversamente proporcional em *Fogo Morto*, em que o patriarcalismo e a condição masculina se enfraquecem, e a condição feminina se empodera progressivamente.

2.1 O mestre José Amaro: entre o coronelismo e o cangaço

O personagem José Amaro é a representação do *homem cordial*[4], que não se adequa à modernidade, porquanto internaliza um "horror às distâncias" (HOLANDA, 1995, p. 149), característica e legado da vida rural e colonial brasileira. Marcado pelo seu orgulho e afetividade, espera sempre a magnanimidade de alguém, senhor de engenho ou cangaceiro, mas também o respeito e a atenção de personagens populares (ALMEIDA, 1999, p. 37). Ao não ser correspondido, torna-se amargo, e essa afetividade obsessiva afeta sua perspectiva crítica (ABDALA JÚNIOR *in* REGO, 2012, p. 12).

Insta registrar a análise de Benjamin Abdala Júnior acerca do personagem José Amaro:

> O mestre seleiro procura defender sua integridade resistindo com seu ofício à beira da estrada que conduz à vila. Permanece à margem das transformações econômicas e sociais e preso a um modo de produção pré-capitalista. Ocorria nessa época a substituição do servo (ou assemelhados) pelo assalariado e do patriarca rural pelo usineiro industrial. Sua produção artesanal insere-se no quadro da servidão. Era um morador dependente do senhor de engenho. Assim, na feitura da sela de que tanto se orgulha, ele tem simultaneamente a sua cela socioeconômica. Para essa forma de resistência, não há futuro. Podemos aproximar a amargura de José Amaro em relação à mulher e à filha com a revolta que o envolve afetivamente com a sociedade em geral. Sentado em seu tamborete à beira-estrada, ele sonha moldar a realidade como molda um pedaço de couro, em sua produção artesanal. (ABDALA JÚNIOR *in* REGO, 2012, p. 11-12).

[4] Tratando-se, então, de um: "protótipo do não-cidadão, pelo fato de o seu perfil não se adequar à esfera pública, que prefere obedecer a assumir responsabilidades". (GRECO, 2001, p. 74)

A decadência de José Amaro tem como estopim sua expulsão pelo senhor de engenho Lula de Holanda, quando ele não vê outra solução, senão a substituição de sua relação de submissão, ao trocar a servidão a Lula de Holanda pela proximidade ao cangaceiro Antônio Silvino. Inclusive, essa troca de submissão é crucial para o agravamento da derrocada de José Amaro, pois acelera a desagregação de sua vida familiar. Para além, em razão dessa aproximação com o poder paralelo, acaba sendo preso e torturado, momento em que seu orgulho, já abalado, termina de ruir. Diante disso, o fim de José Amaro não poderia ser mais trágico, pois opta pelo final de sua existência ao não conseguir se adaptar às contingências que surgiram.

É relevante a transição da postura de José Amaro, que já guardava uma certa admiração pelo cangaço, iludido pelo mito popular de que o banditismo dos cangaceiros visava à proteção dos mais pobres e à luta por uma justiça popular (CORRÊA DE ARAÚJO, 1984, p. 158; JASMIM, 2006, p. 41), ao ser expulso das terras em que morava há gerações pelo coronel Lula de Holanda, alia-se de vez ao cangaço, inicialmente, através do recebimento de encomendas. Desde então, passa a rejeitar a autoridade do antigo senhor de engenho.

Além disso, José Amaro não aceita ser expulso das terras onde morava por Lula de Holanda, inclusive por sua obsessão pela memória e pela tradição, como se vê:

> (...) — Ninguém manda no mestre José Amaro. Aqui moro para mais de trinta anos. Vim para aqui com o meu pai que chegou corrido de Goiana. Coisa de um crime que ele nunca me contou. (...)Todo o mundo pensa que o mestre José Amaro é criado. Sou um oficial, seu Pedro, sou um oficial que me prezo. O coronel Lula passa por aqui, me tira o chapéu como um favor, nunca parou para saber como vou passando. Tem o seu orgulho. Eu tenho o meu. Moro em terra dele, não lhe pago foro, porque aqui morou meu pai, no tempo do seu sogro. Fui menino por aqui. Para que tanto orgulho? Não custava nada chegar ele aqui e me perguntar pela saúde. Me contava o meu pai que o barão de Goiana não tinha destas bondades. Era homem de trato com os pequenos. E o barão de Goiana tinha razão para goga, era dono de muitos engenhos, homem de muito dinheiro na caixa. Sou pobre, seu Pedro, mas sou um homem que não me abaixo a ninguém. (REGO, 2012, p. 29-33)

A partir do momento em que Lula de Holanda expulsa José Amaro de suas terras, tal ato seria interpretado como uma afronta em face da existência do seleiro, uma vez que possuía uma ligação íntima com o local onde era domiciliado e guardava uma certa obsessão pela tradição e memória. Não obstante, a repulsão significaria a ruptura de uma relação de submissão que ele se sujeitou durante a vida toda. Frente a tal acontecimento, José Amaro se mostrou cada vez mais frágil e vulnerável, pois temia as mudanças e sentia que, nesses novos tempos, ele já não teria mais espaço para trabalhar, quiçá sobreviver.

É nesse momento vulnerável para José Amaro que Torquato e Alípio, cangaceiros que servem de elo entre Antônio Silvino e o seleiro, se aproximam. Por meio de uma retórica demagógica, José Amaro crê que Antônio Silvino e seu bando se vingariam de Lula de Holanda em defesa de sua honra e por respeito ao seleiro. No entanto, posteriormente, ver-se-ia que os cangaceiros agiam mais em prol de benefícios próprios do que o ideal de defender os pobres injustiçados, mostrando, assim, uma face histórica do cangaço, em vez do mito folclórico que se construiu em torno de Lampião e seus comparsas (CASTELLO, 1961, p. 25). Dessa maneira, cabe registrar a forma que José Amaro lidou com a sua possível aproximação ao cangaço:

> (...) Quando o cego se foi, começou o mestre a pensar no recado do capitão. Era para ele uma honra que nunca tivera, aquela de saber-se da confiança do homem que realmente admirava. (...) Mas o diabo era aquele recado do cego Torquato. Um pedido do capitão Antônio Silvino para ele. Alípio lhe dissera com toda a sua alma: 'Mestre, não saia desta terra.' Sem dúvida todos do bando precisavam dele. (REGO, 2012, p. 124-133)

Sem perspectivas, José Amaro, que nutria uma admiração íntima pela causa dos cangaceiros[5], incitado e convencido pelo discurso do cangaço, havia agora trocado a submissão ao senhor de engenho e ao coronelismo para servir ao cangaço. O respeito pelas autoridades formais se acabara, o ressentimento de José Amaro se manifestaria pela submissão às autoridades informais pertencentes ao poder paralelo.

[5] "O nome de Antônio Silvino exercia sobre ele um poder mágico. Era o seu vingador, a sua força indomável, acima de todos, fazendo medo aos grandes." (REGO, 2012, p. 72)

Dessa forma, a aliança de José Amaro com o cangaço era, sobretudo, um modo de sublimar sua revolta, uma maneira de expressar sua insatisfação e desobediência à ordem de despejo exarada por Lula de Holanda. Concomitantemente, José Amaro não reconhecia mais Lula de Holanda como uma autoridade legítima.

No âmbito doméstico, a relação de José Amaro com sua esposa e com sua filha havia se agravado, principalmente após um episódio de surto de Marta, em que José Amaro tentou intervir dando uma surra na filha, pois: "(...) sabia que tudo aquilo que a filha tinha só se curava mesmo com surra, com pancada forte. Era assim que o Manuel Feitosa do Catolé curava uma filha que sofria daqueles repentes de loucura" (REGO, 2012, p. 110).

A situação entre José Amaro e Sinhá ficaria ainda pior, momento este em que a esposa passaria a repugnar a figura do marido, quando o seleiro decidiu enviar Marta para a Tamarineira, um "hospital dos doidos" em Recife:

> Andava com o propósito de mandar a filha para a Tamarineira, no Recife. Ouviu a conversa com a comadre Adriana. Sinhá tinha medo do hospital dos doidos, tinha dó de mandar a filha para sofrer no meio dos outros. Todos achavam que era o único jeito, e a velha só pensava nisto. (...) Foi por isto que me lembrei de levar a bichinha para o Recife. Mandei o Vitorino falar com o doutor Samuel e ele deu carta para o doutor Loureiro. O mestre José Amaro deixou que ela falasse, e depois, com uma mágoa que nunca se ouvira em sua boca: — Comadre, está tudo muito direito. Estou morto. Agora mesmo, no Santa Fé, o coronel me botou para fora desta casa. Pelo menos esta menina tem onde morrer. (...) A filha no outro dia sairia para o Recife. A sua casa ficaria mais só, mais cheia de tristeza. (REGO, 2012, p. 119-131)

Em paralelo, para coibir novas ações do cangaço, surge a figura de tenente Maurício, este sendo um militar autoritário com ideal de justiceiro que foi enviado para Pilar com "carta branca do governo" (REGO, 2012, p. 73) para fazer o que for necessário para reestabelecer a lei e a ordem na localidade. Este novo personagem aparece na trama como uma resposta do Estado para enfrentar o banditismo perpetrado pelos cangaceiros, já que ele "não respeita grande nenhum" (REGO, 2012, p. 73).

Todavia, demonstra-se um agente discricionário que se vê acima das leis e das instituições públicas, assim como o cangaço. Portanto, denota-se que o *modus operandi* de tenente Maurício se assemelha ao de Antônio Silvino[6], pois não admite limites ao exercício de sua autoridade e de seu poder, como se vê no seguinte trecho: "Mas o tenente Maurício ficara na vila como um rei. Delegado e prefeito não valiam nada para ele. (...) — Aqui nesta merda mando eu. Apareça juiz, apareça o diabo, para ver o que eu faço" (REGO, 2012, p. 217).

Em razão da aproximação de José Amaro com o cangaço, certo dia ele é apanhado pela tropa do tenente Maurício[7], mas mantém a esperança de que Antônio Silvino o salvaria: "Ia para a cadeia como um assassino. Que fizera para merecer tudo aquilo? Não tinha quem o protegesse. Só esperava alguma coisa do capitão Antônio Silvino, que só ele era homem para ajudar um pobre em sua situação. Onde estava àquela hora?" (REGO, 2012, p. 250).

Antes de ser preso, José Amaro já se encontrava amedrontado, solitário e vulnerável, pois Sinhá havia lhe abandonado e também por outras razões, *vide* o trecho a seguir:

> O mestre estava sozinho. Naquele dia a velha arrumara os trastes e se fora para a casa do compadre Vitorino. Vendo-a sair de casa, quis lhe falar e teve medo. Havia em Sinhá um ódio que ele sabia maior que tudo. (...) Ele bem sabia que era mais que morto para a sua mulher. Mas ficara triste. Ainda havia no seu coração uns restos de ternura que nunca pensara. Só, na casa que fora do pai, onde vivera e trabalhara a vida inteira, era agora mais desgraçado do que imaginara. Para ele, não havia outro remédio, devia desaparecer, fugir, não ficar um dia mais naquela terra que o desprezava. (...) A sua casa se destruíra para sempre. Como naquela manhã da saída de Marta para o Recife, uma dor diferente

[6] Tanto o cangaceiro Antônio Silvino, quanto o tenente Maurício abusam da violência, ameaçam a todos, espancam o quixotesco Vitorino e espalham o terror por onde passam. Mesmo José Amaro, que representa o povo e admira o cangaço, assume que os métodos de Antônio Silvino são abusivos e se assemelham aos das forças policiais.

[7] O narrador já havia adiantado o inevitável fim: "O cipó de boi ia cantar no lombo do povo. Todos pagariam. A justiça do governo era sempre assim" (REGO, 2011, p. 200).

> doía-lhe na alma. Na sala escura a tenda parada. Nem o cheiro de sola nova enchia a casa com aquela catinga que era a sua vida. Olhou para os utensílios, para os seus instrumentos de trabalho, e, vendo-os para um canto, ainda mais se sentiu um inútil, perdido para sempre. Não tinha mais gosto de fazer o que sempre sonhara e amara fazer. (REGO, 2012, p. 248-249)

Nota-se em *Fogo Morto* que a violência é sempre uma constante e que as disputas de poder acabam com a resistência dos personagens mais vulneráveis, os quais findam na decadência, apegando-se ao que resta (LEAL, 1989, p. 32).

Sem acesso à justiça, José Amaro não se reconhecia como uma pessoa com direitos e garantias assegurados, senão reiterava por diversas vezes que não existia direito para os pobres:

> A terra era do senhor de engenho e este podia fazer dela o que quisesse. Então não havia um direito que lhe garantisse a sua casa? Sinhá já sabia de tudo e não lhe dissera nada. Não poderia ele encontrar uma proteção que lhe valesse? Era duro ir morrer fora daquela casa que fora de sua gente, que sentia como verdadeiramente sua. (...)Não haveria um direito para ele? A terra era do senhor de engenho, e ele que se danasse, que fosse com os seus cacos para o inferno. (...) Direito de pobre. Não podia haver direito de pobre. (...) Pobre não tinha direito. Quem sabia dar direito aos pobres era o capitão, era Jesuíno Brilhante, era o cangaço que vingava, que arrasava um safado como Quinca Napoleão. (REGO, 2012, p. 129-201)

Finalmente, após ser preso e torturado, sem nenhum direito ou garantia legal, José Amaro havia perdido toda as razões para continuar vivendo: sua família, seu trabalho, sua terra e seu orgulho. Havia se tornado um *homo sacer*, cuja vida agora nua de significâncias (AGAMBEN, 2002, p. 75) não restava apego algum. Após ser solto, José Amaro optou pelo suicídio: "o mestre estava caído, perto da tenda, com a faca de cortar sola enterrada no peito" (REGO, 2012, p. 269).

2.2 O engenho de seu Lula: "acabara-se o Santa Fé"

No início da Segunda Parte de *Fogo* Morto, nomeada de "O Engenho de Seu Lula", para contar a história de Lula de Holanda, ou Seu Lula, o narrador promove uma digressão temporal rumo à época da construção do Engenho de Santa Fé.

Nos idos de 1850, Santa Fé, localizado nos arredores do município de Pilar na província onde hoje é a Paraíba, foi fundado por capitão Tomás Cabral de Melo, que chegou com seus escravos e a sua família. Após acumular um vasto patrimônio, faltava a ele uma única realização: casar sua filha, Amélia. Rejeitando todos os pretendentes da região, por não terem os requisitos necessários, o capitão começa a se preocupar com a idade da filha e com sua condição de solteira.

É quando chega de Pernambuco um fidalgo estudado e fino, de nome Luís César de Holanda Chacon, filho de Antônio Chacon, este homem de coragem e muito admirado pelo capitão. Enfim, o capitão Tomás Cabral de Melo haveria encontrado o pretendente ideal. Contudo, após o casamento, o capitão percebe que o genro não se interessa pelo trabalho do engenho e passa a considerá-lo um incapaz para os negócios.

Após a morte do capitão, as suspeitas se confirmam: Lula de Holanda se mostra um senhor de engenho autoritário e incompetente e lidera sua família e o engenho aquém da competência do capitão Tomás, de modo que Seu Lula vai se afastando cada vez mais do povo de Pilar e demonstrando cada vez mais sua ausência de carisma. A derrocada do Santa Fé se agrava quando vem a Abolição e seus escravos debandam. O engenho deixa de produzir açúcar e se torna "fogo morto".

Assevera-se que Lula de Holanda é a personificação do atraso, do retrocesso, do patriarcado autoritário, do senhor de engenho escravocrata, sem carisma e decadente perante a Abolição e o novo modo de produção capitalista (COUTINHO, 1980, p. 186). É notório o desajuste de Seu Lula com o *status quo*. No decorrer da trama, se evidenciam suas vulnerabilidades, e o destino desse personagem, assim como os valores ultrapassados que ele cultua, é se tornar ruínas do que um dia já foi.

Lula de Holanda se cerca de disputas de poder e relações de submissão em que ele é incapaz de se sobressair, mas o coronel não aceita sua trivialidade. Antes de falecer, quando o seu sogro, capitão Tomás de Holanda, adoece, este deixa sua esposa, dona Mariquinha, dirigir os negócios do engenho, pois acreditava que ela seria mais competente que Seu Lula. No entanto,

Lula entra em disputa com a sogra e, por sua condição masculina e patriarcal, acaba por tomar-lhe as terras e o poder. Contudo, o coronel não consegue administrar Santa Fé com a mesma aptidão de dona Mariquinha.

Além disso, Lula de Holanda impede que homens se aproximem da sua filha, pois guarda um ciúme obsessivo por ela e, assim como seu sogro, não vê em Pilar alguém à altura para casar com a jovem. Mesmo sem mais riquezas e decadente igual ao Santa Fé, Seu Lula ainda se enxerga como um aristocrata. Até Amélia, sua esposa, carrega um sentimento de dó por seu marido, pois ela percebe a decadência à sua volta e que Lula mascara o seu declínio com memórias de outrora.

Por isso, vê-se que Lula de Holanda se ilude com a posição social e a riqueza que detinha e não aceita que seu prestígio e suas posses se foram junto com a escravidão. Enquanto pode, Lula procura resistir à decadência, através de símbolos da sociedade escravista (SOUSA, p. 170). São aparências que disfarçam mal a desagregação interna de um modo de produção ultrapassado. Nas joias, nas vestimentas e na arrogância, ataca a realidade adversa com os olhos no passado (GAMA, 1983, p. 23). Como evocação desse *status* senhorial, Lula de Holanda circula pela estrada do Pilar em seu cabriolé que tem percurso previsível: do engenho à igreja e da igreja ao engenho. Permanecendo estático, a realidade circundante esfumaça-se para ele.

Com o advento da Abolição, rompe-se a relação de submissão que Lula de Holanda mantinha com os escravos que trabalhavam no engenho. No auge de sua falta de carisma e arrogância, resolve expulsar José Amaro de suas terras, em que ele morava havia décadas, rompendo outra relação de submissão que restava.

Em uma dada ocasião, Lula de Holanda tem um ataque epilético na igreja e interpreta como um chamado divino, daí em diante passa a se dedicar cada vez mais à religião. Uma forma de refúgio, já que ele se encontra perdido em meio às ruínas do Santa Fé, das suas crenças, da sua família, etc. A utopia de Lula não consegue mais disfarçar a decadência em que ele está inserido. O coronel, antes poderoso e aristocrata, agora não mandava mais em ninguém e seu poder era insignificante. Inclusive, a frase final desse capítulo é simbólica e fatídica: "acabara-se o Santa Fé" (REGO, 2012, p. 195).

Ao se tornar uma espécie de fanático religioso, Lula de Holanda termina gastando o que sobrou de sua fortuna, carrega consigo uma inveja de seu vizinho bem-sucedido, o coronel

José Paulino, dono do engenho Santa Rosa ainda produtivo, tal como despreza o espírito quixotesco e audaz de Vitorino, embora tenha se tornado tão lunático quanto este.

Apesar do distanciamento, máxime após a expulsão de suas terras, há bastante semelhança nas qualidades e na trajetória de coronel Lula e mestre Amaro, como mostra a análise de Benjamin Abdala Júnior:

> Se mestre Amaro procurava a afetividade, Lula procura um reconhecimento abstrato, com um narcisismo exacerbado. Tudo deveria ser uma projeção de seu corpo, nas relações humanas e econômicas. Quando questionado, reage violentamente. Esse narcisismo doentio encontra sua expressão maior em sua filha, que se parecia fisicamente com ele. Não permitiu que sua filha se casasse. Da mesma forma que José Amaro, detestava os "camumbembes" (pessoas que considerava de nível social inferior ao seu). E ficou com a filha solteira, como também ocorreu com o mestre seleiro. (...) As convergências na trajetória dessas duas personagens são mais amplas: José Amaro procurava modelar interiormente a realidade como modelava o couro de uma sela/Lula procurava modelar exteriormente através do chicote de senhor de engenho; as tensões do mestre levam-no a ataques nervosos/as tensões do senhor de engenho à epilepsia. São tensões que se projetam no percurso narrativo de *Fogo morto* em ritmo crescente de intensificação dramática, até levar as personagens à explosão interior. Os ataques nervosos não são oriundos propriamente de uma causa física. No plano figurativo do romance, eles vêm de uma disritmia existencial. As duas personagens estão descompassadas em relação ao tempo histórico. Ao final do romance, se o engenho Santa Fé está de "fogo morto", seu proprietário Lula de Holanda também já é um "morto-vivo. (ABDALA JÚNIOR *in* REGO, 2012, p. 11)

Fato é que a resistência sem perspectiva de José Amaro e de Lula leva-os à loucura. Estão emparedados, porque não ultrapassaram os fatores condicionantes da formação social decadente, em um momento de transição (VARELA, 2005, p. 38). Deslocados da realidade, não suportam as tensões dos embates oriundos das disputas de poder.

De modo semelhante, a família patriarcal também se mostra escorraçada, como se pode observar na trajetória e no comportamento das personagens femininas em *Fogo Morto*. Afastando-se dos padrões de normalidade, Marta e Amélia reagem ao patriarcado, a primeira pela loucura que se apresenta como forma de não se insubordinar e a segunda por criticar a postura de seu marido, racionalizando sua prepotência e atuando com maior autonomia.

2.3 OCapitão Vitorino: quixotesco fim

Em *Fogo Morto*, a decadência e a loucura, a disputa de poder e a submissão, o Estado e o poder paralelo, todos esses coexistem em uma certa harmonia dentro do caos. Neste contexto, personagens como José Amaro e Lula de Holanda interiorizam uma resistência de caráter conservador, dentro de estruturas que não têm mais razão de se perpetuar. Em sentido oposto, como projeção de caráter progressista e humanístico, está a audácia misturada com loucura do capitão Vitorino Carneiro da Cunha.

Assim como José Amaro e Seu Lula, o capitão Vitorino vive em uma realidade muito diferente da que tenta aparentar. Este quixotesco personagem é quem dá unidade à trama, pela presença dinâmica em cada capítulo do enredo e pela síntese que reúne todas as linhas narrativas na parte final.

Denota-se que Vitorino possui uma forte base ética, e, a partir dela, o sonhador personagem projeta sua visão de justiça como afirmação de seu ego em busca de reconhecimento pela sociedade. Ao ignorar todas as relações de submissão arraigadas na sociedade açucareira, as corrupções, as instituições viciadas ao seu entorno, o capitão luta por direitos, por igualdade, por melhores condições ao povo de Pilar, sem levar em conta que, em meio aos decadentes engenhos açucareiros da Zona da Mata Nordestina, quem detém o poder é a oligarquia dos coronéis, os donos de engenhos e os cangaceiros.

Independentemente das vicissitudes do contexto, Vitorino persiste em encarar disputas de poder em que ele sempre é o representante único da virtude, porém considerado lunático e insignificante pela sociedade. Assim sendo, trata-se de um herói desacreditado que parte para desafios impossíveis de se encarar, por amor e fé aos princípios que norteiam seu caráter.

Acerca do enredo do capítulo que leva o nome do quixotesco Vitorino, inicia-se com a invasão do cangaceiro Antônio Silvino ao engenho Santa Fé após saquear a cidade de Pilar.

Nesse cenário, surge Vitorino para defender a terra de Seu Lula, mesmo este ser um dos que mais desprezam a figura do capitão. Entretanto, a intervenção do herói resulta em fracasso, pois leva uma surra dos cangaceiros.

Em meio a esse conflito, o coronel José Paulino, considerado um dos senhores de engenho mais ricos da região, logo poderoso e influente, surge no Santa Fé para defender seu vizinho empobrecido, Lula de Holanda.

Neste momento, constata-se que há um respeito mútuo, uma relação quase diplomática entre o coronel José Paulino e o chefe do cangaço, Antônio Silvino. Acima das leis, o coronel José Paulino e o chefe do cangaço, capitão Antônio Silvino, fazem as suas próprias regras e as impõem aos personagens submissos de Pilar, de menor hierarquia social e com menos poder. Fato é que ambos são as autoridades da região, mesmo o cangaceiro sendo um fora da lei. Inclusive, a violência cessa imediatamente com a chegada do coronel, sendo que ele não precisou sequer empunhar uma arma. Assim, verifica-se que entre poderosos há diálogo, mas isso não acontece quando existem dois indivíduos com hierarquias sociais díspares:

> Mas quando ia mais adiantada a destruição das grandezas do Santa Fé, parou um cavaleiro na porta. Os cangaceiros pegaram os rifles. Era o coronel José Paulino, do Santa Rosa. O chefe chegou na porta. — Boa-noite, coronel. — Boa-noite, capitão. Soube que estava aqui no engenho do meu amigo Lula e vim até cá. (...) E vendo d. Amélia aos soluços, e o velho estendido no marquesão: — Quer dinheiro, capitão? A figura do coronel José Paulino encheu a sala de respeito. — Coronel, este velho se negou ao meu pedido. Eu sabia que ele guardava muito ouro velho, dos antigos, e vim pedir com todo o jeito. Negou tudo. — Capitão, me desculpe, mas esta história de ouro é conversa do povo. O meu vizinho não tem nada. Soube que o senhor estava aqui e aqui estou para receber as suas ordens. Se é dinheiro que quer, eu tenho pouco, mas posso servir. (...) — Coronel, eu me retiro. Aqui eu não vim com o intento de roubar a ninguém. Vim pedir. O velho negou o corpo. — Pois eu lhe agradeço, capitão. (REGO, 2012, p. 242)

A partir do trecho supracitado, evidencia-se que o mito popular do cangaço, professado na realidade e em *Fogo Morto*,

sobretudo por José Amaro, que percebe os cangaceiros como defensores dos oprimidos, não passa de uma farsa. Tem-se, na verdade, que os interesses do cangaço estavam mais atrelados ao enriquecimento próprio do que causas revolucionárias em si.

Posteriormente, quando Vitorino descobre que José Amaro, considerado um homem decente e trabalhador pelo capitão, foi preso e torturado injustamente, sem indícios suficientes para provar que o seleiro estava colaborando com o cangaço, o sonhador personagem resolve lutar pela liberdade do Mestre. Com a sua ingenuidade característica, Vitorino decide impetrar um *habeas corpus*, redigido por ele mesmo, a fim de conceder uma ordem de liberdade para o seleiro, ora paciente, acreditando que a via jurídica formal seria eficiente. Mais uma vez, o personagem quixotesco volta-se para defender o que não existe no presente — a justiça.

Contudo, em *Fogo Morto*, tal como o contexto real que a obra retrata, é despiciendo dizer que a ineficácia constitucional era quase absoluta, e um remédio constitucional não teria vigor algum, se algum personagem acima da lei não aprovasse. Uma vez que o Estado, as instituições públicas, as noções de autoridade e legalidade, isto é, praticamente todo o aparato oficial que deveria garantir a ordem e o controle social era deturpado pelas relações de submissão e por fenômenos como o coronelismo e o cangaço (MARTINS, 1977, p. 57).

Em diante, o magistrado de Pilar concede a ordem de *habeas corpus* para libertar José Amaro, demonstrando que Vitorino é capaz e possui conhecimentos formais, inclusive jurídicos. Todavia, é a ingenuidade do capitão perante o mundo que o cerca que o faz ser estigmatizado como lunático.

Apesar da decisão judicial legítima, o inevitável acontece: quem deveria cumprir a ordem era tenente Maurício, um militar autoritário que se via acima da lei e também do Judiciário, com a seguinte justificativa:

> E à tarde o tenente Maurício soube de tudo e procurou o juiz. Fizera aquelas prisões para averiguar acusações contra aqueles suspeitos. Não queria desrespeitar a Justiça mas era forçado a fazer uma violência. Respondeu-lhe o juiz que não fizera mais do que cumprir o seu dever. Fazia justiça para os grandes e os pequenos. Espalhou-se que o tenente não soltaria os homens. (...) — Eu tenho carta branca do presidente. Não estou aqui para brincadeiras. Amanhã eu solto

> os homens. Hoje eles ainda têm de conversar comigo. (REGO, 2012, p. 254-256)

In casu, nota-se a desobediência de uma ordem judicial por um militar que se justifica por uma suposta "carta branca" do presidente, chefe do Poder Executivo estadual[8].

Para além de uma opção literária de José Lins do Rego para tornar o enredo de *Fogo Morto* cada vez mais conflituoso, nesta época marcada por instituições corrompidas e leis ineficientes, não é absurdo pensar que um preceito fundamental do Estado de Direito atual, como a separação de poderes, poderia ser desrespeitado (SILVA, 2010, p. 38). Em que pese seu valor hodierno, no início do século XX, em cidades interioranas como Pilar, o Poder Judiciário era comumente corrompido, pelos outros poderes, pelos militares ou até por outros fenômenos sociais, como o coronelismo (MARTINS, 1977, p. 63).

Malgrado a isso, Vitorino se indigna e virá protestar contra o autoritarismo de Maurício, exigindo que a ordem judicial seja cumprida. Mantendo a postura acima da lei[9], o tenente atenta novamente contra a Justiça e os direitos, ao aprisionar e torturar o capitão. É neste momento que se nota o ápice do autoritarismo de Maurício, que se vale da "carta branca do presidente" para perpetrar desumanidades.

Além disso, analisa-se que o tenente justifica suas barbaridades através de um *positivismo cego* e excessivo (GROSSI, 2007, p. 47), isto é, o militar interpreta a norma exarada pelo chefe do Poder Executivo estadual como um passaporte para fazer valer qualquer que seja sua vontade, mesmo sendo manifestamente ilegal e inconstitucional. Fato é que, em *Fogo Morto*, o poder está dissolvido em diversos entes e personalidades; no entanto, há alguns que concentram mais do que outros.

---

8 Trata-se do presidente do Estado da Paraíba. Em 1889, após a queda do regime monárquico e a consequente instituição do sistema republicano no Brasil, a Paraíba, assim como as outras províncias, transformou-se em estado-membro. Nas primeiras Constituições Estaduais à época, os atuais "governadores" eram usualmente chamados de "presidentes", o que fazia sentido, pois condizia com os Estados Unidos do Brasil.

9 Interessante notar que personagens como o coronel José Paulino e o tenente Maurício se sentem acima da lei, enquanto o chefe do cangaço, Antônio Silvino, vê-se como um fora da lei. A verdade é que todos eles desrespeitam os padrões da autoridade estatal e criam suas próprias regras, a fim de perpetuarem seu poder como dominadores.

Apesar de Vitorino ser um plebeu, ele guarda parentesco com uma das autoridades mais poderosas da região, e é por isso que o coronel intervém mais uma vez, por nutrir um sentimento de misericórdia com o seu primo[10]. Novamente, o coronel José Paulino intercede em meio ao caos, solucionando o conflito, ao libertar tanto José Amaro quanto Vitorino.

Outrossim, faz-se uma constatação da ineficiência do aparato estatal em *Fogo Morto* e, também, da realidade vivida por José Lins do Rego, uma vez que o coronel José Paulino teve mais força e eficácia que a ordem judicial e as leis juntas. Logo, depreende-se que, na obra-prima zeliniana, a influência política e o poderio econômico são mais úteis que as vias formais, já que estas encontram óbices em toda a rede de corrupções existente.

Não obstante, o coronel José Paulino tem seu poder tão entranhando no aparato estatal que alcança mais que a liberdade de Vitorino:

> — Ponha Vitorino na rua. Agora mesmo Juca foi para a estação. Vai à Paraíba conversar com o presidente. Isto não pode ficar assim. — Já lhe disse, coronel, que o velho me desconsiderou. Eu perco a farda, mas ninguém me desmoraliza. (...) O coronel José Paulino saíra para a casa do comendador Napoleão. Estava uma fúria. Mandara o filho entregar a chefia política ao presidente. (...) — Este tenente não pode continuar. (...) — Juca foi com ordem minha para liquidar este assunto. Aqui não me pega mais este tenente. O juiz apareceu para mostrar a representação que fizera à Capital. Não era político mas tudo aquilo só acontecia porque o governo não respeitava a Justiça. Todos se calaram." (REGO, 2012, p. 258-259)

[10] Mesmo assim, Vitorino não aprova a personalidade, nem o *modus operandi* de seu primo coronel José Paulino, julgando e condenando o ser e o agir deste, em razão da base ética forte do capitão. "Para ele, Antônio Silvino e o tenente Maurício, José Paulino e Quinca do Engenho Novo, todos valiam a mesma coisa. Quando entrasse na casa da Câmara sacudiriam flores em cima dele. Dariam vivas, gritando pelo chefe que tomava a direção do município. Mandaria abrir as portas da cadeia. Todos ficariam contentes com o seu triunfo. A queda de José Paulino seria de estrondo. Ah, com ele não havia grandes mandando em pequenos. Ele de cima quebraria a goga dos parentes que pensavam que a vila fosse bagaceira de engenho." (REGO, 2012, p. 268)

Avulta-se que o real poder de coronel José Paulino transcendia os limites municipais de Pilar. Na verdade, a influência dele se estendia em nível estadual, garantindo sua vontade perante o Poder Executivo e Judiciário. Relembrando João Paulo Mansur (2017, p. 26), em *Fogo Morto* era "aos amigos o direito; aos inimigos a lei". Aliás, essa dicotomia era decidida pela amplitude de seu poder. Quem detinha e dominava mais escolhia o destino, tanto das pessoas, quanto do próprio espaço-tempo (SOUZA, 2006, p. 27). Ademais, tais dinâmicas não se restringiam à literatura zeliniana, senão a arte imitava a vida.

No momento em que é posto em liberdade, Vitorino regressa para seu domicílio e recebe os cuidados de sua esposa, Adriana. Em um repente de lucidez, o capitão tem uma epifania:

> (...) Ele muito tinha que fazer ainda. Ele tinha o Pilar para tomar conta, ele tinha o seu eleitorado, os seus adversários. Tudo isto precisava de seus cuidados, da força do seu braço, de seu tino. Lá se fora o seu compadre José Amaro, o negro Passarinho, o cego Torquato. Todos necessitavam de Vitorino Carneiro da Cunha. Fora à barra do tribunal para arrastá-los da cadeia. Que lhe importava a violência do tenente Maurício? O que valia era a petição que, com a sua letra, com a sua assinatura, botara para a rua três homens inocentes. Ele era homem que não se entregava aos grandes. Que lhe importava a riqueza de José Paulino? Tinha o seu voto e não dava ao primo rico, tinha eleitores que não votavam nas chapas do governo. O governo não podia com a sua determinação. (...) Um dia tomaria conta do município. E tudo faria para que aquele calcanhar de judas fosse mais alguma coisa. Então Vitorino se via no dia do seu triunfo. Haveria muita festa, haveria tocata de música, discurso do dr. Samuel, e dança na casa da Câmara. Viriam todos os chaleiras do Pilar falar com ele. Era o chefe, era o mais homem da terra. E não teria as besteiras de José Paulino, aquela tolerância para com sujeitos safados, que só queriam comer no cocho da municipalidade. Com Vitorino Carneiro da Cunha não haveria ladrões, fiscais de feira roubando o povo. Tudo andaria na correta, na decência. Delegado não seria um mole como José Medeiros (...) Com ele o bicho ia ver. Com ele não haveria mandachuva querendo pas-

> sar as pernas nos cofres públicos. Pagaria todos os impostos. A vila do Pilar teria calçamento, cemitério novo, jardim, tudo que Itabaiana tinha com o novo prefeito. (REGO, 2012, p. 264-266)

Afinal, depois de ter sido humilhado durante todo o enredo, militando por causas nobres como a igualdade, instituições públicas fortes e direitos e garantias para os pobres, Vitorino concebe que a única forma dele lutar pelos seus princípios e realizar a justiça que tanto almeja seria se tornando um político, em vez de continuar tentando mudar o mundo da forma que fazia. Dessa forma, o capitão seria reconhecido pela sociedade e poderia ser útil para a sociedade, como sempre almejara.

Entretanto, tal epifania mesmo que, em um primeiro momento, seja uma consideração bem fundamendada. Infelizmente, a chance de Vitorino ascender na política é irrisória, em um sistema eleitoral viciado pelo clientelismo, mandonismo e coronelismo. Para além, o capitão é ingênuo ao desconsiderar que toda a sociedade de Pilar o tem como um lunático. Assim como Lula de Holanda e José Amaro, Vitorino se ilude com a própria imagem e vive uma cegueira que ele mesmo criou.

Reitera-se que os principais personagens de *Fogo Morto* não aceitam suas decadências e resistem como podem, mascarando sua derrocada, ignorando seu desamparo nesses novos tempos disruptivos que abalam as estruturas estamentais e coloniais em que viviam, fugindo de uma constatação implacável: eles não têm mais lugar nessa realidade e suas vidas estão cada vez mais nuas de significâncias.

Por fim, após planejar o funeral de José Amaro que havia suicidado, *Fogo Morto* termina com um diálogo despretensioso, porém forte e simbólico, entre Passarinho e Vitorino: "Agora viam o bueiro do Santa Fé. Um galho de jitirana subia por ele. Flores azuis cobriam-lhe a boca suja. — E o Santa Fé quando bota, Passarinho? — Capitão, não bota mais, está de fogo morto" (REGO, 2012, p. 269). Essa conversa, à primeira vista, trivial, contrastando com a situação do bueiro de Santa Fé, com a atmosfera de luto e o sentimento de insignificância que exala após o suicídio do Mestre, carrega uma lírica potente, que retoma o cerne do romance: a decadência (JAMESON, 1992, p. 41).

Conclusão

"O direito não é só uma coisa que se conhece,
é também uma coisa que se sente."
Tobias Barreto

Fogo Morto se desenvolve através de uma dialogação constante de narrativas, em que a perspectiva, a condição social e as vivências dos personagens se fazem fundamentais para a compreensão do contexto sociopolítico e sociojurídico em que a obra está inserida.

Sobreleva-se que José Lins do Rego registrou artisticamente a cultura popular, fazendo referência aos costumes e causos que são a base comum de toda a brasilidade que se construiu e hoje se ressignifica. Para além dos estereótipos, a obra-prima da literatura zeliniana documenta a decadência dos engenhos açucareiros da Zona da Mata nordestina, a abolição da escravatura, o fim do sistema pré-capitalista, dos senhores de engenho, do patriarcado colonial, a partir de personagens que carregam o estigma dos preconceitos sociais, mas vão além dele, ao demonstrar ambiguidades e complexidades ímpares na Literatura Brasileira.

São sobrecidadãos e subcidadãos que se adaptam como podem às transformações, sofrem com as disputas de poder e com as relações de submissão, porém não deixam ser vencidas sem que resistam, cada um com seu próprio orgulho, lidando com a decadência geral do seu entorno, mas também com a derrocada de si mesmo.

Assevera-se que *Fogo Morto* conjuga as ideias de Gilberto Freyre e do neorrealismo modernista, a fim de nos exibir uma face mais íntima e sentimental do que foi a decadência dos engenhos açucareiros na Zona da Mata nordestina, retratando faces dialéticas do coronelismo, do cangaço, do patriarcado e de todos os outros fenômenos sociais presentes à época. Incorporam-se também elementos memorialísticos de José Lins do Rego, evidenciando, assim, a visão de um indivíduo que vivenciou e interagiu com toda a gama de pensamentos culturais, sociais, jurídicos e econômicos pertinentes ao contexto representado.

Toda a análise feita na presente pesquisa se deu graças aos estudos, à metodologia e à epistemologia do Direito e Literatura, campo este em ascensão nos meios acadêmicos brasileiros. Através dessa área naturalmente transdiciplinar, faz-se possível o diálogo entre o Direito, a História, a Literatura, entre outros campos das Ciências Humanas e Sociais Aplicadas.

Acerca da importância de se aproximar o Direito das emoções presentes na Arte, sobretudo na Literatura, vale mencionar as visões de Martha Nussbaum (1995, p. 62), e Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna: a primeira autora compreende que a racionalidade implicada no julgamento e na ponderação, além de habilidades argumentativas e lógicas, abarca, também, as capacidades imaginativa e empática, o que possibilita a apreciação sensível de situações humanas particulares e a contemplação da diversidade e da complexidade a elas inerentes, ao passo que a segunda autora observa que:

> (...) Esse tema sempre foi desprestigiado pela história do pensamento jurídico, pois os operadores do direito e os jusfilósofos ao elaborarem seus conceitos de interpretação e aplicação das leis se afastaram do mundo empírico e dos elementos que caracterizam a dimensão sensorial do humano. Nesse viés, procura-se trilhar um caminho inverso, ao considerar que uma abordagem do fenômeno jurídico não implica necessariamente o desprezo pela condição humana, pois, apesar de se reconhecer a dogmaticidade do direito contemporâneo, é importante trazer para o ambiente jurídico não só o texto, mas o contexto, o interlocutor, sua forma de vida e, em especial, seus sentimentos. (LUNA, 2019, p. 92)

Portanto, a pesquisa e o aprofundamento no Direito e na Literatura servem tanto para compreender o Direito e sua história de uma forma mais humana, levando em conta aspectos empáticos, emocionais e de alteridade, os quais nem sempre são analisados pela ótica formalista, quanto para estimular a formação de juristas mais críticos e conhecedores de sua própria cultura. Não obstante, o Direito muito tem a aprender com a Literatura, tornando-se mais acessível e valorizando os sentimentos que são a marca de nossa humanidade.

Referências

ABDALA JÚNIOR, Benjamin. **Os ritmos do tempo em torno do engenho**. In: REGO, José Lins do. *Fogo Morto*. 73. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2012.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer:** o poder soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

ALBUQUERQUE JR., Durval Muniz de. **A invenção do Nordeste e outras artes**. 4. ed. Recife: FJN/ Massangana; São Paulo: Cortez, 2009.

ALMEIDA, José Mauricio Gomes de. **A tradição regionalista no romance brasileiro:** 1857-1930. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999.

ANDRADE, Carlos Drummond de. In*:* REGO, José Lins do. **Fogo Morto**. 73. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2012.

ANDRADE, Mário de. **O Empalhador de Passarinho**. 2. ed. São Paulo: Martins, 1944.

ANDRADE, Omir Wesley; PUCCI, Bruno. **O trágico e o poético em Fogo Morto:** análise de seus elementos estéticos. *Impulso*, v. 25, n. 52, pp. 55-63, 2015.

ARAUJO, Carla Dayanne Montenegro Honorato de. **A representação do macho na obra de José Lins do Rego**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Centro de Humanidades, Departamento de Ciências Sociais, Universidade Federal de Campina Grande. Campina Grande, 249f. 2021.

BUENO, Luís. **Uma história do romance de trinta.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo; Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

CANDIDO, Antonio. **Literatura e Sociedade**. 6. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2006.

CANDIDO, Antonio. **Um romancista da decadência**. In: COUTINHO, Eduardo de Faria; CASTRO, Ângela Bezerra de. José Lins do Rego. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira/João Pessoa: FUNESC, 1991.

CARPEAUX, Otto Maria. **O brasileiríssimo José Lins do Rego**. In: REGO, José Lins do. *Fogo Morto*. 59. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2003.

CARVALHO, José Murilo de. **Mandonismo, coronelismo, clientelismo**: uma discussão conceitual. Dados - Revista de Ciências Sociais, v. 40, n. 2, 1997.

CASTELLO, José Aderaldo. *José Lins do Rego*: modernismo e regionalismo. São Paulo: Edart, 1961.

CORRÊA DE ARAÚJO, Antônio Amaury. **Lampião**: As Mulheres e o Cangaço. São Paulo: Traço, 1984.

COUTINHO, Edilberto. **O romance do açúcar**: José Lins do Rego, vida & obra. Rio de Janeiro: José Olympio/INL-MEC, 1980.

FAORO, Raymundo. **Os donos do Poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERLINI, Vera Lúcia Amaral. **Terra, trabalho e poder**: O mundo dos engenhos no Nordeste colonial. São Paulo: Brasiliense, 1988.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e Senzala**. 32. ed. Rio de Janeiro: Record, 1997.

FREYRE, Gilberto. **Nordeste**. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985.

FREYRE, Gilberto. **Sobrados e Mucambos**: decadência do patriarcado e desenvolvimento urbano. 15. ed. São Paulo: Global, 2004.

FONSECA, João Carlos Guedes da. O grito: a reiteração do poder em Fogo morto de José Lins do Rego. **Mediações – Revista de Ciências Sociais**, Londrina, v. 10, n.1, pp. 87-104, jan.-jun. 2005.

GAMA, Ruy. **Engenho e tecnologia**. São Paulo: Duas Cidades, 1983.

GOMES, Heloísa Toller. **O poder rural na ficção**. São Paulo: Ática, 1981.

GRECO, Heloísa. O "passado que nos cerca" e a promessa do futuro: considerações sobre a questão da cidadania em Caio Prado Júnior e Sérgio Buarque de Holanda. Fronteiras, Campo Grande, UFMS, v. 5, n. 10, 2001.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 20. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLLANDA, Bernardo Borges Buarque de. **ABC de José Lins do Rego**. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2012.

JAMESON, Fredric. **O Inconsciente Político**: a narrativa como ato socialmente simbólico. Tradução de Valter Siqueira. São Paulo: Ática, 1992.

JASMIM. Elise. Lampião, Senhor do Sertão: vidas e mortes de um cangaceiro. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2006.

KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto Suje-se gordo!, de Machado de Assis. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 3, pp. 827-865, jan. 2018.

LEAL, José. **Itinerário Histórico da Paraíba**. 2. ed. João Pessoa: FUNCEP & A União Editora, 1989.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto:** o município e o regime representativo no Brasil. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LUCAS, Fábio. **O caráter social da ficção do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Ética, 1987.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. **Por uma Erótica do Direito:** contradições, diálogos e perspectivas entre Direito e Emoção. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

MACHADO NETO, Zahidé. **Estrutura social dos dois nordestes na obra de José Lins do Rego**. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 1971.

MANSUR, João Paulo. **Aos amigos o Direito; aos inimigos a lei:** Mandonismo, Coronelismo, Júri e Cangaço na literatura de José Lins do Rego. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 224f. 2017.

MANSUR, João Paulo. Parâmetros para uma pesquisa histórico-jurídica sobre a obra de José Lins do Rego. **Revista de Direito, Arte e Literatura**. v. 1, n. 2, p. 96-121, jul/dez. 2015.

MARTINS, Rodrigo Baptista. **A masorca**: o coronelismo e a violência no processo político brasileiro. Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1977.

MITTICA, Maria Paola. O que acontece além do oceano? Direito e Literatura na Europa. **Anamorphosis Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 1, n. 1, pp. 3-36, 2015.

NEVES, Marcelo. Entre Subintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente. **Dados -Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, pp. 253-276, 1994.

NUSSBAUM, Martha. **Justicia poética**. Tradução de Carlos Gardini. Santiago: Editorial Andrés Bello, 1995.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PEREIRA, Carla Soares. Fogo Morto: cenas de uma sociedade decadente. **Movendo Ideias**, v. 21, n. 6, pp. 6-11, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, Liberdade, Igualdade:** os Três Caminhos. São Paulo: José Olympio, 1945.

REGO, José Lins do. **A presença do Nordeste na literatura brasileira**. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1957.

REGO, José Lins do. **Fogo Morto**. 73. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2012.

REIS. Roberto. **A permanência do círculo**: hierarquia no romance brasileiro. Editora Universitária: EDUFF. Niterói. 1987.

RIBEIRO, Carla Maria Correia Campos Francisco. **O Amargo Sabor do Açúcar**: personagens femininas em Fogo Morto, de José Lins do Rego. Dissertação (Mestrado em Literaturas Românicas, Estudos Brasileiros e Africanos) - Faculdade de Letras, Universidade de Lisboa. Lisboa, 138f. 2009.

SCHWARTZ, Germano; MACEDO, Elaine Harzheim. Pode o Direito ser Arte? Respostas a Partir do Direito e Literatura. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. **Anais do Conpedi**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 1013-1031.

SILVA, Esequiel Gomes da. O "cocho da municipalidade": uma análise do romance Fogo Morto, de José Lins do Rego. **Revista Olho d'Água**, São José do Rio Preto, v. 2, n. 1, pp. 1-57, 2010.

SOBREIRA, Ivan Bichara. **O romance de José Lins do Rego**. João Pessoa: Universitária UFPB, 1977.

SOUSA, Elri Bandeira de. **Fogo Morto**: uma tragédia em três atos. Tese (Doutorado em Letras) - Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal de Campina Grande. Campina Grande, 171f. 2010.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

SOUZA, Eunice Prudenciano de. O quixotismo como forma de existência. **Let. Hoje**, v. 52, n. 2, pp. 224-233, 2017.

VARELA, Laura Beck. **Das sesmarias à propriedade moderna**: Um Estudo de História do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

A inconstitucionalidade da norma que cria cargo comissionado sem caráter de chefia, direção e assessoramento

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira
Advogado
Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas
Autor de obras e artigos jurídicos publicados pelas Editoras Lumen Juris, Fórum e RT
Procurador-Geral da Câmara Municipal de Guanhães/MG

Ladir Fernandes Júnior
Advogado
Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho
Pós-graduando em Direito Eleitoral pela PUC/MG
Pós-graduando em Direito Previdenciário pela FAVENI
Ex-consultor jurídico do Município de Governador Valadares/MG
Ex-procurador do Município de Dom Cavati/MG
Ex-assessor jurídico do Município de Santa Maria do Suaçuí/MG.

RESUMO

A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, conforme está prevista no inciso II do artigo 37 da Constituição de 1988, estando excepcionadas as nomeações para o exercício de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração. No entanto, depara-se com várias normas no ordenamento brasileiro dispondo sobre a criação de cargos comissionados para o exercício de atividades permanentes, rotineiras e burocráticas da Administração Pública, o que afronta os ditames fixados pelo Texto Constitucional. O Poder Judiciário tem tido uma postura ativa e exemplar ao declarar a inconstitucionalidade de normas que tentam burlar a exigência de concurso público e, por conseguinte, esvaziar a garantia constitucional. É verdade que o Poder Legislativo está autorizado a inovar no sistema jurídico, no entanto, essa prerrogativa não é absoluta, tendo em vista as limitações previstas na Lei Maior.

Assim, quando o legislador introduz norma atentatória ao sistema jurídico, o mesmo deve ser responsabilizado, visto que há limites constitucionais para o exercício da função parlamentar, até porque todos os Poderes Constituídos estão subordinados às diretrizes constitucionais, sob pena de o ato praticado não ser legítimo. Dessa forma, qualquer ato tendente a esvaziar uma garantia ou direito constitucional deve ser repudiado e os responsáveis responsabilizados nos termos legais.

Palavras-chave: Devido processo legislativo. Concurso público. Vinculação. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Investiture in a public position or job depends on prior approval in a public competition for tests or tests and titles, as provided for in item II of article 37 of the 1988 Constitution, with exceptions being made for appointments to hold positions in freely appointed commissions. and exoneration. However, it is faced with several norms in the Brazilian legal system providing for the creation of commissioned positions for the exercise of permanent, routine and bureaucratic activities of the Public Administration, which confronts the dictates established by the Constitutional Text. The Judiciary has taken an active and exemplary stance in declaring the unconstitutionality of norms that try to circumvent the requirement for a public tender and, therefore, void the constitutional guarantee. It is true that the Legislative Power is authorized to innovate in the legal system, however, this prerogative is not absolute, in view of the limitations provided for in the Major Law. Thus, when the legislator introduces a norm that violates the legal system, it must be held accountable, since there are constitutional limits to the exercise of the parliamentary function, not least because all the Constituted Powers are subordinated to the constitutional guidelines, under penalty of the practiced act not being legitimate. In this way, any act tending to empty a guarantee or constitutional right must be repudiated and those responsible held accountable under the legal terms.

Keywords: due legislative Process. Public tender. Binding. Unconstitutionality.

1 Notas introdutórias sobre investidura em cargo ou emprego público

O presente artigo tem como objetivo tecer comentários sobre a inconstitucionalidade da norma que cria cargo comissionado sem caráter de direção, de assessoramento e de chefia.

Cabe registrar que o inciso II do art. 37 da Constituição Brasileira de 1988 estabelece que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração". Isto é, em regra, a investidura em cargo ou emprego público deve ser por concurso público de provas ou de provas e títulos, sendo as nomeações de livre nomeação e exoneração verdadeira exceção na ordem jurídico-constitucional vigente.

No balanço dos quase 35 anos de vigência da CR/88 é possível constatar que muitos gestores levaram a sério a norma constitucional. Contudo, diversas foram as situações em que houve o desvirtuamento do instituto do concurso público. Não raro, a práxis demonstrou a existência de contratações temporárias nem sempre coincidentes com o comando inserto na parte final do inciso II do art. 37 da CR/88. Além disso, várias normas foram replicadas país afora, a pretexto de atendimento ao interesse público, dispondo sobre a criação de cargo comissionado sem caráter de chefia, direção e assessoramento. O controle de constitucionalidade de diversas normas releva que muitos dos cargos criados têm natureza estritamente administrativa, para o desempenho de atividades corriqueiras da Administração Pública, não passando de um mecanismo que visa unicamente burlar a obrigatoriedade de concurso público.

Essas manobras constituem um verdadeiro atentado à previsão contida no inciso II do artigo 37 do Texto Constitucional, pois acaba esvaziando e enfraquecendo a previsão criada pelo legislador democraticamente eleito pelo povo.

Por se tratar de norma prevista no ápice do ordenamento jurídico brasileiro, o mínimo que se espera é o respeito dela por todos os poderes constituídos, sob pena de se retirar a força normativa da Constituição e a máxima efetividade das normas constitucionais, ocasionando, por conseguinte, o enfraquecimento do sistema jurídico.

Em decorrência da supremacia do Texto Constitucional, seus preceitos passam a ser merecedores de máxima efetividade possível, por funcionarem como fundamentos estruturantes do Estado Democrático brasileiro, tendo em vista que a Constituição é um "impositor de atos de vontade, através da criação de novos valores", conforme defende a doutrina kelsiana.

O ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau (2005, p. 2), fez os seguintes comentários sobre a função da Constituição brasileira:

> Deveras, a Constituição do Brasil não é um mero 'instrumento de governo', enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão-somente um 'estatuto jurídico do político', mas sim um 'plano global normativo' da sociedade e, por isso mesmo, do Estado Brasileiro.

Apesar de alguns juristas não conferir o valor real das normas constitucionais, vale dizer que as normas constitucionais estão no ápice do ordenamento jurídico, sendo merecedoras de máxima efetividade possível. Sobre a "força normativa da Constituição" o jurista alemão Konrad Hesse (1991, p. 24/27) adverte que:

> A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) (...). *Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada necessariamente a parte mais fraca*. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realizierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a *força normativa da Constituição*. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, em questões de poder. Essa constatação não justifique que se negue o significado da Constituição jurídica: O Direito Constitucional não se encontra em contradição com a natureza

> da Constituição. (...) A íntima conexão, na Constituição, entre normatividade e a vinculação do direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com seu objeto, o Direito Constitucional se concretize desse condicionamento da normatividade. (...) A concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional. Ela cumpre seu mister de forma adequada não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que elas se convertam em questões de poder (*Machtfragen*).
> Em outros termos, *o Direito Constitucional deve explicitar as condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional.*

Para Marcelo Novelino (2016, p. 138), "os princípios da força normativa e da máxima efetividade têm sido invocados para desconstituir, por meio de ação rescisória, decisões de instâncias inferiores já transitadas em julgado quando baseadas em interpretação divergente da conferida ao dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal", sendo que o objetivo dos princípios supramencionados é evitar o enfraquecimento da normatividade constitucional. É o que também defende o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (1959, p. 47):

> sem desprezar o significado dos fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, confere Hesse peculiar realce à chamada vontade da Constituição (*Wille zur Verfassung*). A Constituição, ensina Hesse, transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).

Nas palavras do já mencionado autor alemão Konrad Hesse, "a concretização plena da força normativa constitui meta a ser almejada pelo Direito Constitucional", isto é, as normas constitucionais devem adquirir maior efetividade possível. Logo, as

previsões normativas não podem ser inócuas, até porque as previsões contidas no Texto Constitucional são imperativas e coercitivas em razão da força normativa, portanto, o Estado deve seguir as diretrizes esboçadas no estatuto constitucional.

Ao comentar sobre a força normativa da Constituição José Joaquim Gomes Canotilho (1993 (7. ed., 2003), p. 229) ensina que:

> na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da Constituição (normativa), contribuem para uma eficácia ótima da lei fundamental. Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a 'atualização' normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

Não há dúvida de que o hermeneuta deve buscar interpretar o texto legal para conferir máxima efetividade aos comandos judiciais visando solucionar as questões jurídicas colocadas em debate, garantindo, com isso, que as normas previstas na Lei Maior alcancem a maior eficácia possível, para que se concretize a *vontade da Constituição*. Vale consignar que toda e qualquer norma constitucional possui força normativa, o que impõe a necessidade de atribuir-lhes maior eficácia possível. Sendo assim, o poder público deve buscar a máxima efetivação dos direitos fundamentais por se tratar de valores supremos do ordenamento e uma vontade da norma constitucional.

O célebre jurista alemão Konrad Hesse (2013, p. 135), aqui já citado, faz a seguinte afirmação sobre a "vontade da Constituição":

> Aquilo que é identificado como vontade de Constituição 'deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, 'malbarata, pouco a pouco, um

> capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.

Dessa forma, as normas constitucionais devem ser interpretadas de modo que a Lei Maior tenha máxima efetividade para que as diretrizes traçadas pelo legislador sejam colocadas em prática e, por conseguinte, tenham plena eficácia, para que não se tornem "letra morta", pois a Constituição não deve ser apenas teórica e utópica, mas possível de ser colocada em prática, para que sejam atendidos os anseios e necessidades de todos os cidadãos e, com isso, seja cumprida a vontade da Constituição.

Nas palavras do constitucionalista André Ramos Tavares (2020, **p. XX**), as Constituições revestem-se de um conteúdo mínimo que denota a importância que o documento apresenta para a sociedade, vigorando como norma máxima não apenas por apelos formais e sim, antes de tudo, pelo significado profundo que adquire no mundo social. Logo, a Constituição é merecedora da máxima efetividade para que seja atingida a vontade do legislador.

Dessa maneira, para que seja consolidado o paradigma do Estado Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição Republicana de 1988, é indispensável que seja conferida a máxima efetivação do que foi almejado pelo legislador, não podendo as garantias e os direitos fundamentais serem colocados em segundo plano, conforme insistem alguns governantes.

Infelizmente a obrigatoriedade constitucional de realizar concurso público para provimento de cargos ou empregos tem sido colocada em segundo plano pelos governantes, seja realizando contratações precárias sem a existência no caso concreto de situação que represente um excepcional interesse público ou mesmo criando cargos comissionados sem a presença dos elementos consistentes no exercício de função de direção, chefia e assessoramento.

Essas normas de duvidosa constitucionalidade, para não dizer altamente inconstitucionais, têm como único objetivo burlar a necessidade da realização de concurso, esvaziando a previsão contida no inciso II do artigo 37 da Constituição Republicana, conforme será melhor abordado nos tópicos a seguir.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

2 A inconstitucionalidade da norma que cria cargo comissionado sem caráter de chefia, direção e assessoramento

A criação de cargos comissionados destituídos das funções de chefia, direção e assessoramento tem como único objetivo afastar a necessidade de realizar concurso, o que é gravíssimo, visto que o legislador infraconstitucional estaria, dessa maneira, afastando uma exigência de ordem constitucional, burlando a obrigatoriedade de fazer concurso público para o provimento de cargo ou emprego público.

Assim, os cargos criados para executar as funções técnicas, burocráticas, operacionais e profissionais devem ser preenchidos por servidores públicos aprovados previamente em concurso público de provas ou de provas e títulos, tendo em vista que não há o exercício de atribuições de chefia, direção e assessoramento, tampouco a relação de confiança com os agentes políticos. Dessa forma, o Poder Judiciário deve ter uma postura ativa e, com isso, declarar a inconstitucionalidade das normas criadas com tal intuito de burla da exigência de concurso.

Sobre o assunto, vale transcrever os ensinamentos do administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 658). Vejamos:

> Os cargos em comissão, ao contrário dos tipos anteriores, são de ocupação transitória. Seus titulares são nomeados em função da relação de confiança que existe entre eles e a autoridade nomeante. Por isso é que na prática alguns os denominam de cargos de confiança. A natureza desses cargos impede que os titulares adquiram estabilidade. Por outro lado, assim como a nomeação para ocupá-los dispensa a aprovação prévia em concurso público, a exoneração do titular é despida de qualquer formalidade especial e fica a exclusivo critério da autoridade nomeante. Por essa razão é que são considerados de livre nomeação e exoneração (art. 37, II, CF).
>
> É importante acentuar que cargos em comissão somente podem destinar-se a funções de chefia, direção e assessoramento, todas elas de caráter específico dentro das funções administrativas. Resulta daí, por conseguinte, que a lei não pode criar tais cargos para substituir outros de cunho permanente e que devem ser criados como car-

> gos efetivos, exemplificando-se com os de perito, auditor, médico, motorista e similares. Lei com tal natureza é inconstitucional por vulnerar a destinação dos cargos em comissão, concebida pelo Constituinte (art. 37, V, CF).

Acertadamente, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 1.041.210/SP (Tema 1010 - Controvérsia relativa aos requisitos constitucionais - art. 37, incisos II e V, da Constituição da República - para a criação de cargos em comissão), no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral, fixou as teses de que:

> I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais;
> II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado;
> III - O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles visam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar;
> IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir. (RE 1.041.210 RG, Relator: Min. Dias Toffoli, DJe 22.05.2019).

Dessa maneira, os demais Tribunais pátrios devem seguir a orientação firmada pela Suprema Corte, por força do que dispõe o artigo 927 do CPC de 2015 e, por conseguinte, deve declarar a inconstitucionalidade de toda norma que criar cargos em comissão sem conter os elementos de direção, chefia e assessoramento, visto que o desempenho de atividades estritamente burocráticas, técnicas ou operacionais deve ser exercido por servidores de carreira aprovados previamente em concurso público.

De igual modo, no julgamento da ADI nº 6655, tendo como Relator o Ministro Edson Fachin, o STF voltou a enfrentar o tema, asseverando que a Constituição Federal reservou à Administração um regime jurídico minucioso na conformação do interesse público a fim de resguardar a isonomia e eficiência na formação

dos seus quadros, do qual decorre a excepcionalidade da categoria "cargo em comissão". Aduziu, ainda, que a jurisprudência do STF cuidou de densificar os critérios que norteiam o controle de constitucionalidade das leis que criam cargos comissionados, os quais não restaram configurados no caso concreto.[1]

Acompanhando o movimento instaurado pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.041.210/SP, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais tem manifestado da seguinte forma:

> Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Anexos II e III da lei complementar nº. 005/ 2007, com a redação alterada pelas leis complementares n.ºs 07/2007, 012/2009, 20/2013, 21/2013, 38/2018 e 043/2019, e das leis complementares n.ºs 20/2013 e 21/2013, todas do Município de Guaraciaba. Cargos em comissão destinados ao desempenho de atividades técnicas, burocráticas e permanentes. Atribuições não relacionadas com as de direção, chefia ou assessoramento. RE 1.041.210/SP - com repercussão geral. Inobservância dos arts. 21 e 23 da constituição estadual. Inconstitucionalidade evidenciada. Modulação dos efeitos da decisão. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Admissibilidade. Procedência parcial da representação.
> A Constituição Federal, em seu art. 37, incisos II e V, estabelece a necessidade de prévia aprovação em concurso público para a investidura em cargo ou emprego público, excetuando-se as nomeações para cargos em comissão.
> O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 1.041.210/SP, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral, fixou as teses de que "I - A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; II - Tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado; III - O número de cargos comissionados criados deve guardar proporcionalidade com a necessidade que eles vi-

[1] STF - ADI 6655, Relator: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2022, Processo Eletrônico DJe-108 DIVULG 02-06-2022 PUBLIC 03-06-2022.

> sam suprir e com o número de servidores ocupantes de cargos efetivos no ente federativo que os criar; IV - As atribuições dos cargos em comissão devem estar descritas, de forma clara e objetiva, na própria lei que os instituir" (RE 1.041.210 RG, Relator: Min. Dias Toffoli, DJe 22.05.2019).
> Neste caso, quanto aos cargos de provimento em comissão de recrutamento restrito, quais sejam: chefe de divisão, assessor de planejamento contábil e assessor de planejamento em licitações e assessor de planejamento administrativo, financeiro e contábil, são constitucionais. Esses cargos, em sendo de recrutamento restrito, não representam burla ao princípio do concurso público e, em verdade, geram um estímulo aos servidores da casa para, dentro da própria carreira, almejarem a chefia e, um dia, exercerem um papel de liderança, trazendo reflexos positivos em prol do melhor atendimento ao cidadão e privilegiando a eficiência.
> Já no que se refere aos cargos de assessor de gabinete, diretor de departamento e assessor de planejamento administrativo financeiro, com atuação na área de recursos humanos; e, ainda, o de assessor de planejamento de licitações, impõe-se a declaração da inconstitucionalidade haja vista que a lei que os instituiu cria cargos em comissão cujas atribuições dispensam a relação de confiança entre a autoridade nomeante e nomeado, referindo-se a atividades permanentes, rotineiras e burocráticas da Administração Pública, em ofensa aos artigos 21 e 23 da Constituição do Estado de Minas Gerais. (...). (TJMG - Ação Direta Inconst. 1.0000.22.092515-0/000, Relator: Des.(a) Wander Marotta, Órgão Especial, julgamento em 28/09/2022, publicação da súmula em 06/10/2022).

No mesmo sentido, tem posicionado o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Ação Direta de Inconstitucionalidade – Município de Santa Cruz do Rio Pardo – Lei Complementar nº 512, de 18 de dezembro de 2013, Lei Complementar nº 659, de 23 de março de 2018, Lei Complementar nº 344, de 12 de dezembro de 2007, e Lei Complementar nº 553, de 27 de janeiro de 2015 – funções gratificadas e cargos

em comissão – exercício de funções técnicas e burocráticas incompatíveis com atribuições de direção, chefia e assessoramento – Desnecessidade de especial relação de fidúcia – ofensa ao Tema nº 1.010 do STF.
1. Superveniência, no curso da ação, de nova lei que revoga a legislação impugnada, mas perpetua os mesmos vícios. Intenção de burlar a jurisdição constitucional. Inadmissibilidade. Reconhecimento de subsistência do interesse processual e do objeto da ação.
2. É inconstitucional toda norma que preveja eleições diretas para direção de instituições de ensino mantidas pelo Poder Público, com a participação da comunidade escolar. Precedentes do STF. 3. As funções de confiança, exercidas exclusivamente por servidores ocupantes de cargo efetivo, e os cargos em comissão, a serem preenchidos por servidores de carreira nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei, destinam-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (art. 115, V, CE) 2. A criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais; tal criação deve pressupor a necessária relação de confiança entre a autoridade nomeante e o servidor nomeado (Tema nº 1.010 do STF). Extensão do entendimento às funções de confiança.
3. As funções de Assistente de Diretor de Escola, Chefe de Orientação Pedagógica, Chefe de Supervisão de Ensino, Coordenador Pedagógico, Diretor de C.E.I.J. – Centro Educacional Infanto-Juvenil, Diretor de C.E.I.M. – Centro de Educação Infantil Municipal, Assessor de Direção de CEIM, Diretor de Escola Municipal e Vice-Diretor de Escola Municipal são técnicas e burocráticas não reclamando especial relação de fidúcia entre nomeado e a autoridade nomeante. Precedentes. Ação direta de inconstitucionalidade procedente, com modulação de efeitos e ressalva quanto à irrepetibilidade dos valores recebidos de boa-fé. (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2114961-51.2022.8.26.0000; Relator (a): Décio Notarangeli; Órgão Julgador: Órgão Especial;

> Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 07/12/2022; Data de Registro: 19/12/2022).

E, ainda:

> Arguição de Inconstitucionalidade. Município de Campinas. Incidente suscitado pela Colenda 3º Câmara de Direito Público nos autos da Ação de Obrigação de Fazer nº 1046039-89.2020.8.26.0114, arguindo a inconstitucionalidade do artigo 6º e Anexo IV, da Lei Complementar Municipal nº 58/2014, do Município de Campinas, responsável pela criação de cargos em comissão do Instituto de Previdência Social do Município de Campinas - CAMPREV e ("Diretor", "Secretário Executivo da Presidência", "Assessor de Comunicação Social", "Assessor Técnico", "Coordenador Setorial" e "Chefe de Setor". Criação de cargos em comissão destinados ao desempenho de atividades eminentemente burocráticas ou técnicas. Inadmissibilidade. Cargos que não possuem atribuição de assessoramento, chefia ou direção, com atribuições genericamente descritas. Incidência do Tema de Repercussão Geral nº 1.010/STF. Vício material caracterizado. Ofensa aos arts. 111, 115, incisos II e V e 144, todos da Constituição Estadual/SP. Inconstitucionalidade verificada, observada, no entanto, a natureza alimentar e irrepetível das verbas pagas aos ocupantes dos referidos empregos, bem como a modulação dos efeitos da presente decisão. Arguição Procedente com Modulação de Efeitos.[2]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70082043365, advertiu que o Estado de Direito apresenta como princípio fundamental o respeito à igualdade, traduzindo, naquilo que diz respeito aos cargos públicos, na sua livre acessibilidade, conforme está disposto na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso II.

Assim, em regra, a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas

[2] TJSP - Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0029211-18.2022.8.26.0000; Relator: Jarbas Gomes; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Campinas - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 14/12/2022; Data de Registro: 16/12/2022.

ou de provas e títulos, não podendo a norma infraconstitucional alterar a regra imposta pela Lei Maior.

Com base no que foi exposto, conclui-se que as normas que criam cargos comissionados para o exercício de atividades permanentes, rotineiras e burocráticas da Administração Pública ofendem os ditames fixados pela Constituição da República de 1988. Sendo assim, a inconstitucionalidade de tais normas é medida que se impõe.

Nesta seara, impende ressaltar que os representantes do Poder Legislativo que criam normas com clara afronta à Constituição Federal devem ser responsabilizados. É evidente que o parlamentar está autorizado a inovar o ordenamento jurídico. Entretanto, esta prerrogativa não é ilimitada, visto que teve observar os princípios que sustenta o Estado brasileiro.

Ora, o princípio constitucional da legalidade administrativa é uma garantia do cidadão contra a tirania do Estado, "como fundamento e limite de todo funcionamento do Estado" (MENDES, 2017, p. 887). Dessa maneira, todas as condutas dos agentes do Estado, inclusive dos parlamentares, devem estar em harmonia com o regramento legal, por conseguinte, não pode o Parlamento, na sua função legislativa, criar uma norma para esvaziar uma previsão constitucional.

Não há dúvida de que a Administração Pública, no exercício de suas funções constitucionais, inclusive o Poder Legislativo, deve zelar pela observância dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, uma vez que tais postulados funcionam como limites para os excessos praticados pelo Estado, inclusive na função legislativa e nos atos políticos, até porque os excessos perpetrados pelo Poder Público resultam em ilegalidade do ato administrativo exteriorizado, pouco importando a sua origem.

É importante destacar que nos autos do Mandado de Segurança nº 24.831/DF, o então Ministro Celso de Mello, teceu importantes esclarecimentos acerca dos limites constitucionais no exercício da função legislativa pelo parlamentar, sob pena de ultrapassar o exercício legítimo concedido pelo legislador ao Poder Legislativo. Veja-se:

> Se é certo, portanto, que os atos "*interna corporis*" e os de índole política são abrangidos pelos círculos de imunidade que excluem a possibilidade de sua revisão judicial, não é menos exato que essa particular qualificação das condutas legislativas (sejam positivas ou negativas)

> não pode justificar ofensas a direitos públicos subjetivos que os congressistas titularizam e que lhes conferem a prerrogativa institucional de estrita observância, por parte do órgão a que pertencem, das normas constitucionais pertinentes à organização e ao funcionamento das comissões parlamentares de inquérito.
> Não obstante o caráter político dos atos "interna corporis", é essencial proclamar que a discrição dos corpos legislativos não pode exercer-se – conforme adverte Castro Nunes ("Do mandato de Segurança", p. 223, 5ª ed.) – nem "(…) fora dos limites constitucionais (…) nem (…) ultrapassar as raias que condicionem o exercício legítimo do poder.[3]

O Poder Judiciário sempre deve intervir, obviamente quando provocado, para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenhando de maneira legítima as atribuições que lhe conferiu a própria Constituição Republicana, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos.

Realmente, foi conferida ao parlamentar a autonomia para o exercício da função legiferante; todavia, suas prerrogativas e autonomia não são ilimitadas, nem podem ser exercidas de modo abusivo, visto que há limites constitucionais fixados no Estatuto Constitucional para o exercício da função legislativa.

Sobre o abuso de poder no exercício da função pública, José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 50) adverte que:

> Nem sempre o poder é utilizado de forma adequada pelos administradores. Como a atuação destes deve sujeitar-se aos parâmetros legais, a conduta abusiva não pode merecer aceitação no mundo jurídico, devendo ser corrigida na via administrativa ou judicial. A utilização do poder, portanto, deve guardar conformidade com o que a lei dispuser.

[3] STF - MS 24831, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 22/06/2005, DJ 04-08-2006.

> Podemos, então, dizer que abuso de poder é a conduta ilegítima do administrador, quando atua fora dos objetivos expressa ou implicitamente traçados na lei.
> 3.2 Formas de Abuso: Excesso e Desvio de Poder
> A conduta abusiva dos administradores pode decorrer de duas causas:
> 1ª) o agente atua fora dos limites de sua competência; e
> 2ª) o agente, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo.

A propósito, vale transcrever a fundamentação lançada pelo Ministro Sérgio Kukina no julgamento do REsp nº 1.181.511/RS:

> (...) Há de se observar que a atividade legislativa não é incontestável, ao revés, cabe ao Poder Judiciário verificar a adequação da lei aos padrões de probidade, os quais devem nortear toda a atividade legislativa, desde a fase de proposição até a apreciação final pela Casa Legislativa. Ademais, há de se proceder a uma análise de proporcionalidade dos atos discricionários, notadamente, para o fim de comprovação da existência ou não de desvio de finalidade no caso concreto, a indicar violação a princípios administrativos pelos agentes públicos.[4]

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, inclusive, já possui precedente sobre a possibilidade de punição de membro do Legislativo em situações tais, podendo citar o aresto a seguir:

> Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública por ato de Improbidade Administrativa. Recebimento da Inicial. Ação Civil Pública de responsabilidade civil pela prática de atos de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público. Decisão interlocutória que recebeu a inicial. Pretensão de reforma. Inadmissibilidade. Elementos dos autos que apontam aparente conluio dos requeridos, então Prefeito e vereadores de Louveira, em aprovar nova legislação para fim

[4] STJ – Resp. 1.181.511/RS, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 3/4/2014, DJe de 11/4/2014.

> de burlar a inconstitucionalidade previamente declarada pelo Tribunal de Justiça com o objetivo espúrio de beneficiar servidores de cargo em comissão – Aparente abuso do poder de legislar, não se aplicando à hipótese a imunidade material prevista no art. 29, VIII, da CF - Existência de graves indícios de que os requeridos tenham praticado ato doloso de improbidade – Inicial que relata satisfatoriamente os fatos e traz elementos que permitem o seu recebimento – Inteligência do artigo 17, §6º e 6-B, da Lei 8.429/92, com redação dada pela Lei 14.230/2021 – Decisão mantida - Recurso não provido. [5]

Dessa maneira, não há uma discricionariedade ilimitada para o parlamentar agir do modo que lhe convier, conforme pensam alguns desavisados, mas segundo o que estiver estabelecido na Constituição Republicana. Logo, todo ato praticado em descompasso com as diretrizes constitucionais poderá ser objeto de questionamento perante o Poder Judiciário.

Assim, quando restar comprovado que determinada lei é atentatória aos princípios estruturantes do Estado brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade é medida que se faz necessária. Além da declaração de inconstitucionalidade o parlamentar (e os demais envolvidos, como a autoridade nomeante e o próprio nomeado) pode e deve ser responsabilizado, pois a prerrogativa de inovar no ordenamento jurídico não é ilimitada, tendo em vista que há limites constitucionais para o exercício da função legislativa pelo parlamentar.

2.1 A contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público

É verdade que a Constituição Federal admite a contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme está previsto no inciso IX do artigo 37. Assim, devem estar presentes a temporariedade do exercício das funções e o excepcional interesse público que justifica a contratação, revelando-se desnecessária a realização de prévio concurso público nessas situações.

[5] TJSP - Agravo de Instrumento 2088731-69.2022.8.26.0000; Relator (a): Paulo Barcellos Gatti; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Público; Foro de Louveira - Vara Única; Data do Julgamento: 23/08/2022; Data de Registro: 23/08/2022.

No entanto, o gestor tem realizado contratações sem a presença da excepcionalidade do interesse público e a transitoriedade da contratação. Depara-se com situações em que a contratação "temporária" já perdura por décadas, em contrariedade com a regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CRB/1988) para provimento de cargos ou empregos públicos. Melhor dizendo, vários Entes Públicos utilizavam-se do expediente da contratação temporária para preencher necessidades permanentes, burlando a obrigatoriedade do concurso público.

No julgamento do Tema nº 612, com Repercussão Geral, que versou sobre a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos, o Supremo Tribunal Federal advertiu o seguinte:

> O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.[6]

Sendo assim, a contratação temporária que não preencher os requisitos legais será considerada ilegal, devendo o responsável por essa contratação ser responsabilizado, tendo em vista que as contratações precárias para atender necessidades permanentes é um mecanismo ilegal, com único objetivo de burlar a obrigatoriedade de concurso público para o preenchimento dos quadros permanentes.

A contratação de pessoal a título precário para execução de atividades rotineiras é uma afronta aos princípios da impessoalidade, da legalidade e da igualdade. O então Ministro Celso de Mello, ao tratar da obrigatoriedade do concurso público, ressaltou que a realização de concurso público representa uma garantia concretizadora do princípio da igualdade. Vejamos:

---

[6] STF - RE 658026, Relator: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014.

> O concurso público representa garantia concretizadora do princípio da igualdade. O respeito efetivo à exigência de prévia aprovação em concurso público qualifica-se, constitucionalmente, como paradigma de legitimação ético jurídica da investidura de qualquer cidadão em cargos, funções ou empregos públicos, ressalvadas as hipóteses de nomeação para cargos em comissão (CF, art. 37, II). A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros. Precedentes. Doutrina (...) O postulado constitucional do concurso público, enquanto cláusula integralizadora dos princípios da isonomia e da impessoalidade, traduz-se na exigência inafastável de prévia aprovação em concurso público de provas, ou de provas e títulos, para efeito de investidura em cargo público. Essa imposição jurídico-constitucional passou a estender-se, genericamente, com a promulgação da Constituição de 1988, à investidura em cargo ou emprego público, ressalvadas, unicamente, as exceções previstas no próprio texto constitucional. [7]

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em sintonia com o posicionamento adotado pelo STF, tem declarado a ilegalidade de contratações temporárias em detrimento da realização de concurso público. vejamos:

> Ementa: Apelação Cível. Ação Civil Pública. Município de Bocaina de Minas. Contratação irregular de servidores. Funções ordinárias e permanentes da administração pública. Excepcional interesse público. Inocorrência. Dispensa e dever de não contratação. Admissibilidade. Recurso Desprovido.
> O legislador constituinte originário instituiu o concurso público como forma de acesso aos cargos públicos (artigo 37, II, CRFB), estabelecendo

[7] RTJ 152/762, Rel. Min. Celso de Mello.

> a possibilidade de edição de lei pelos entes da federação a fim de estabelecerem os casos de contratação por prazo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público (artigo 37, IX, CRFB). Constatado nos autos que o Município de Bocaina de Minas realiza contratações temporárias em detrimento da realização de concurso público, a manutenção da sua condenação na obrigação de dispensar os servidores indevidamente designados e de não realizar novos ajustes em desacordo com a autorização constitucional é medida que se impõe.[8]

Feitas essas considerações, conclui-se que a contratação precária para preencher necessidades permanentes é uma burla à obrigatoriedade do concurso para o preenchimento de cargo ou emprego público, consistindo em um atentado aos princípios sensíveis do Estado Democrático de Direito, o que deve ser rechaçado veementemente, com a responsabilização dos responsáveis pela prática de tais condutas, até porque o descumprimento de preceitos fundamentais está em descompasso com o princípio da força normativa da Constituição e da máxima efetividade das normas constitucionais.

Conclusão

Diante das razões apresentadas neste estudo, conclui-se que as normas que criam cargos comissionados para o exercício de atividades permanentes, rotineiras e burocráticas da Administração Pública atentam contra a Constituição, tendo em vista que, nesses casos, o objetivo é unicamente afastar a exigência de realização de concursos para o provimento de cargo ou emprego público.

Não há dúvida de que os cargos de provimento em comissão devem ficar restritos às atribuições de chefia, direção e assessoramento, além da necessidade da existência e relação de confiança com os agentes políticos para o desempenho de tarefas de articulação, coordenação, supervisão e controle de diretrizes governamentais, não estando inclusas as atribuições, operacionais, burocráticas, técnicas, administrativas, rotineiras, as quais devem ser exercidas por servidores efetivos.

---

8 TJMG - Apelação Cível 1.0012.16.001007-5/002, Relator: Des. Edilson Olímpio Fernandes, 6ª Câmara Cível, julgamento em 12/12/2022, publicação da súmula em 13/12/2022.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 1.041.210/SP, com repercussão geral reconhecida, o STF consignou que a criação de cargos em comissão somente se justifica para o exercício de funções de direção, chefia e assessoramento, não se prestando ao desempenho de atividades burocráticas, técnicas ou operacionais, o que deve ser seguido pelos demais tribunais pátrios, por força da previsão contida no artigo 927do CPC de 2015.

Com isso, conclui-se que será inconstitucional toda norma que criar cargos em comissão sem a devida observância dos requisitos indispensáveis para a sua validade, quais sejam: o exercício de funções de direção, de chefia e de assessoramento, tendo em vista a clara afronta ao disposto no inciso II do artigo 37 da Constituição de 1988, além da violação aos princípios da impessoalidade e isonomia, podendo os agentes responsáveis serem apenados por lançarem no ordenamento de normas contaminadas por tamanho vício, já que ultrapassados os limites delineados pela Constituição.

No mais, o Poder Público deve preencher seus quadros funcionais, em regra, através de concurso público de provas e títulos, homenageando-se a determinação constitucional e, por conseguinte, conferindo máxima eficácia à norma criada pelo legislador democraticamente eleito pelo povo, notadamente para a concretização do princípio da igualdade e da isonomia para o preenchimento dos quadros funcionais do Estado.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. **Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos** *y Razón Práctica, Doxa*: Universidad de Alicante, nº 5.

ANGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios - Do princípio à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed., 2018.

BRITO, Alzemeri Martins Ribeiro de. BARIONI, Rodrigo Otávio (Coordenadores). **Advocacia pública e novo código de processo civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed., UNB, Brasília, 1995.

CARVALHO FILHO, **José dos Santos. Manual de Direito Admi-**

nistrativo. 32. ed. rev. ampl. e atualizada até 19-01-2018. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993 (7. ed., 2003).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Rio de Janeiro, 2016.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito Civil**. Volume Único/ Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Canotilho e a constituição dirigente**. Rio de Janeiro. Renovar. 2005.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, 2013.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa***: o direito dos administrados dentro da Lei nº 8.429/92*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** - São Paulo, 12. ed. Saraiva, 2017.

NORBERTO BOBBIO. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

NOVELINO, Marcelo. CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Constituição Federal para concursos***.* 12. ed. Editora JusPodivm, 2020.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. Salvador; Editora JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. Revista da AJURIS – V. 41 – n. 135 – Setembro de 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

A prisão dos avós por dívida alimentar e a dignidade da pessoa humana

Márcio Berto Alexandrino de Oliveira
Advogado
Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas
Autor de obras e artigos jurídicos publicados pelas Editoras Lumen Juris, Fórum e RT
Procurador-Geral da Câmara Municipal de Guanhães/MG

RESUMO

Conforme restou comprovado no presente estudo, os alimentos constituem um direito fundamental da pessoa humana, conforme está disposto no artigo 6º da Constituição Republicana de 1988. Em razão disso, os poderes constituídos devem conferir máxima efetividade a todos os direitos previstos no artigo 6º da Constituição, inclusive o direito à alimentação. Em que pese o neto ter direito à alimentação, a prisão dos avós, principalmente dos avós idosos, é totalmente injustificável. Assim, o julgador deve adotar todas as medidas possíveis a fim de compelir os pais e, subsequentemente, os avós a prestarem alimentos, exceto decretar a prisão civil dos avós. De mais a mais, o julgador, valendo-se do seu "poder geral de cautela", pode determinar inclusive que o Estado custeie os alimentos da criança que se encontre desamparada, até porque o Estado brasileiro deve garantir o mínimo existencial para a pessoa humana. A prisão dos avós, além de ser irrazoável, também atenta contra o postulado da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Alimentos. Dívida. Decreto prisional em face dos avós. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

As evidenced in the present study, food constitutes a fundamental right of the human person, as provided for in article 6 of the 1988 Republican Constitution. , including the right to food. Despite the grandson having the right to food, the imprisonment of grandparents, especially elderly grandparents, is totally unjustifiable. Thus, the judge must adopt all possible measures in order

to compel the parents and, subsequently, the grandparents to provide maintenance, except to decree the civil imprisonment of the grandparents. Furthermore, the judge, using his "general power of caution", can even determine that the State pays for the food of the child who is helpless, even because the Brazilian State must guarantee the existential minimum for the human person. . The imprisonment of grandparents, in addition to being unreasonable, also violates the postulate of human dignity.

Keywords: Food. Debt. Prison decree in the face of grandparents. Human dignity.

Introdução

O presente artigo visa fazer uma correlação entre o direito de alimentos pelos netos e a prisão dos avós idosos por dívida de alimentos à luz do Texto Constitucional.

Em que pesem os netos ter direito de receber alimentos dos avós, quando restar comprovado que os pais estão sem condições de prestar alimentos para os filhos, será argumento, ao longo do presente estudo, que a falta de pagamento de alimentos avoengos não pode resultar no encarceramento dos avós, tendo em vista que a obrigação dos avós é subsidiária e não principal. O devedor principal de alimentos realmente pode e deve ser encarcerado pelo inadimplemento alimentar; todavia, jamais os avós devem ser presos por dívida de alimentos avoengos, até porque a prisão dos avós afronta o postulado da dignidade da pessoa humana

Conforme será abordado no transcorrer deste estudo, existem outras alternativas disponíveis para compelir os avós a honrarem a obrigação alimentar, não sendo necessário o encarceramento, até porque a prisão agride diretamente a integridade física e psíquica dos avós, principalmente dos idosos, o que afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Após as considerações introdutórias, será abordado sobre os direitos e as garantias inerentes à pessoa humana e, por fim, sobre a prisão dos avós idosos por dívida alimentar e a dignidade da pessoa humana.

1 Os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana

Os direitos e as garantias fundamentais da pessoa humana constituem fundamento da República Federativa do Brasil, conforme está consignado no artigo 1º, inciso III, da Lei Maior, *in verbis*: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana".

Como os direitos fundamentais da pessoa humana constituem fundamento do Estado brasileiro, os poderes constituídos devem praticar seus atos em conformidade com tais direitos, tendo em vista que são parâmetros de organização e limitação dos poderes constituídos, logo, os poderes estão vinculados aos direitos fundamentais, até porque os mencionados direitos estão no ápice da hierarquia axiológica da norma constitucional, portanto, merecem o devido respeito. Os constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 145/146) fazem os seguintes comentários sobre a vinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais:

> O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna -os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário –, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.

Nas palavras do Ministro do STF Alexandre de Morais (2011, p.20), os direitos fundamentais podem ser definidos como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano fundamentais, que têm por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana por ser definido como direitos humanos fundamentais.

Ademais, a necessidade de garantir à pessoa humana o mínimo existencial para a sobrevivência pode ser retirada do artigo XXXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, *in verbis*: "Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social".

O professor Carlos Roberto Husek (2011, p. 60), em sua obra *Curso Básico de Direito Internacional*, argumenta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é tida como uma espécie de Código de natureza universal, pela sua amplitude (reconhecimento de direitos, sem os quais o ser humano não pode completar-se, como desenvolvimento pleno de suas condições físicas, suas faculdades intelectuais, sua espiritualidade), universalidade (aplicável, independentemente de sexo, religião, raça, nacionalidade, ideologia professada).

Segundo o constitucionalista George Marmelstein (2011, p.431), apesar de não haver hierarquia entre os direitos fundamentais, já que todos estão no mesmo patamar, sob o aspecto valorativo existem diferentes níveis de importância dos direitos previstos constitucionalmente, ou seja, há uma hierarquia axiológica entre as normas constitucionais. A hierarquia axiológica também está presente entres os direitos fundamentais, até porque tais direitos estão no ápice da escala axiológica no ordenamento jurídico pátrio, portanto, merecem a devida proteção do Estado para que tenham máxima efetividade.

Caso os direitos e as garantias fundamentais não sejam protegidos de forma suficiente, o Poder Judiciário poderá ser acionado para compelir o Estado a efetivá-los, a fim de que o cidadão possa viver com dignidade, conforme almejado pela Constituição Republicana de 1988. Nesse sentido é o posicionamento do constitucionalista George Marmelstein (2011, p.359):

> De fato, o ativismo judicial mais intenso, em matéria de efetivação judicial dos direitos a prestações, se justifica de modo especial quando o titular do direito é uma pessoa ou um grupo de pessoas em situação de desvantagem social. Se aquele que bate às portas do Judiciário realmente necessita da resposta jurisdicional para viver dignamente, pois sem a atuação judicial sua dignidade estará sendo ameaçada ou violada, então o Judiciário deve agir sem medo.

> Ao analisar um caso em que esteja em jogo a efetivação de direitos fundamentais, o primeiro aspecto que o juiz deve observar é a identificação dos possíveis beneficiários da decisão judicial para verificar o grau de fragilidade (econômica, social e cultural) desse grupo, devendo se orientar pela máxima de que quanto maior for a fragilidade, maior será a necessidade de uma atuação judicial mais intensa e criativa.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45/2004, tendo como o Relator o Ministro Celso de Mello, firmou o entendimento de que é possível o Poder Judiciário compelir o Estado a implementar políticas públicas para preservar em favor dos indivíduos o "mínimo existencial". Eis a ementa do julgado:

> Ementa: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. a questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da "reserva do possível". Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do "mínimo existencial". Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração).[1]

No mesmo sentido, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinando que o Estado de São Paulo e o Município adotassem medidas para efetivação de direitos inerentes à pessoa humana, até porque a saúde é um direito fundamental do ser humano, logo, o Estado deve prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Eis a ementa do julgado:

---

[1] STF, ADPF 45/2004, Relator Ministro Celso de Mello, j. 1/07/2004.

> Ação Civil Pública – Obrigação de fazer – Implantação por parte do Município e do Estado de programa de atendimento à criança e ao adolescente portador de "diabetes mellitus" e ao fornecimento de medicamentos e materiais necessários ao controle da doença – Carência da ação – Ilegitimidade passiva "ad causam" – Inocorrência – Competência administrativa concorrente da União, do Estado e do Município para cuidar da saúde pública – Inteligência dos artigos 23, II, e 198, I, da Constituição Federal e 4º e 9º da Lei n. 8.080/90 – Preliminar rejeitada. (Apelação n. 513.556-5/0 – Bauru – 1ª Câmara de Direito Público – Relator: Renato Nalini – 19.12.06 – V.U. – Voto n. 12.482).

A intervenção do Poder Judiciário para que os direitos e as garantias da pessoa humana se tornem efetivos é medida acertada e louvável, até porque os direitos da pessoa humana têm como característica a exigibilidade e coercibilidade, logo, o Judiciário pode e deve compelir o Estado a dar efetividade às diretrizes fixadas pelo legislador constituinte, não correndo a interferência de um Poder em outro, conforme alega a doutrina minoritária, até porque todos os poderes constituídos, incluindo o Poder Judiciário, devem adotar medidas para promoção da pessoa humana.

O Estado tem o dever de proteger e promover os direitos inerentes à pessoa humana, devendo assegurar juridicamente o exercício de tais direitos. Nessa direção, já pronunciou acertadamente a Corte Internacional de Direitos Humanos:

> *É dever dos Estados de organizar toda a máquina governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação os estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos na Convenção e procurar, ademais, o restabelecimento, se é possível, do direito infringido e, no seu caso, a reparação dos danos produzidos pela violação desses direitos.*[2]

[2] *Corte Internacional de Direitos Humanos – Caso Velásguez Rodríguez, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C nº 4, par. 166.*

A judicialização dos direitos fundamentais da pessoa humana é uma exigência da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que dispõe em seu artigo 8º a obrigatoriedade de garantir proteção jurisdicional aos direitos humanos, *in verbis*: "Todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei".

Vale lembrar que o Brasil assinou a Declaração Universal dos Direitos Humanos na data de adoção e proclamação, logo, o Estado brasileiro deve seguir as diretrizes fixadas na norma internacional, vez que tal norma foi incorporada ao ordenamento jurídico pátrio, portanto, merece ser observada e aplicada.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, formalmente, não seria uma norma vinculante, pois não se trata de um tratado internacional, mas sim de uma resolução. No entanto, boa parte da doutrina entende que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, criada através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral, tem caráter vinculante. Esse é o entendimento de João Paulo Lordel (2017, p. 258):

> Apesar da sua natureza de resolução (e não tratado), boa parte da doutrina entende que a DUDH possui natureza vinculante, tendo em vista que a Carta da ONU (que possui natureza de tratado) faz referência expressa ao seu dever de estímulo e proteção aos "direitos humanos". Assim sendo, a Declaração Universal consistiria numa espécie de extensão da Carta da ONU, um instrumento de sua interpretação autêntica. Não bastasse isso, há também vozes no sentido de que a DUDH teria natureza vinculante por representar o costume internacional sobre o tema.

Na mesma trilha, posicionou-se Ronaldo Dias (2014, p. 230-231) alegando que:

> "O surgimento da Carta das Nações Unidas e da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) implica conceber os direitos humanos de um modo diferente de como se vinha sustentando antes. Os elementos que fazem a diferença são os seguintes: (a) a titularidade exclusiva da pessoa física; (b) a universalidade; (c) a igualdade; (d) a sugestão de ordem pública que adquire

> a Carta em razão de sua supremacia sobre qualquer tratado.
>
> A DUDH e mais tarde o restante dos Tratados internacionais que tratam da matéria se converteram nos instrumentos jurídicos de referência nessa temática. Definitivamente, as garantias fundamentais se internacionalizaram e passaram a ser reconhecidas por um instrumento de caráter universal. O conjunto de países da comunidade internacional garante a vigência dos direitos consagrados na Declaração, o que também os torna internacionais e universais. A universalidade da Declaração fica perfeitamente estabelecida pelo próprio título, ou seja, que se estende para todo planeta e não somente aos estados-membros da ONU. Pela primeira vez, a comunidade internacional reconheceu que dentro de um Estado não se pode cometer crimes horrendos e que, além disso, são geralmente aqueles que têm maiores dimensões e impacto, pois contam com o apoio da estrutura burocrática de poder, que comete os crimes de forma sistemática e muitas vezes meticulosamente organizada".

Com base no argumento apresentado pelos autores anteriormente citados, pode-se concluir que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, tem caráter vinculante, até porque a declaração em questão é resultado dos costumes dos povos da Comunidade Internacional, logo deve ser considerada materialmente vinculante, tendo em vista que dispõe sobre direitos de todos os povos, ou seja, direitos universais[3].

Após a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948, os direitos humanos foram universalizados, a fim de proteger os direitos dos homens, o que levou os países democráticos a criarem normas internas visando à proteção e à promoção dos direitos da pessoa humana, tanto nas relações entre o Estado e o particular, bem como nas relações puramente privadas. Logo, os direitos da pessoa humana devem ser resguardados em qualquer relação ju-

[3] Segundo Flavia Piovesan, apesar da inexistência de força jurídica obrigatória e vinculante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos "vem a atestar o reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, consagrando um código comum a ser seguido por todos os Estados" (Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Max Limond, 1996, p. 176).

rídica, não podendo ficar em segundo plano, até porque os direitos da pessoa humana devem ter maior efetividade possível.

Nas palavras de Carlos Roberto Husek (2011, p. 76/77), os direitos da pessoa humana são universais por pertencerem a todos os seres humanos, sendo também inalienáveis, irrenunciáveis e indivisíveis. Eis os comentários do autor:

> Os direitos humanos são universais, pertencem a todos os seres humanos, são abstratos, imprescritíveis, inalienáveis, atemporais, irrenunciáveis, abstratos, imutáveis, supranacionais, indivisíveis, válidos para todos os povos em todos os tempos. *Inalienáveis*, porque indisponíveis, inegociáveis, intransferíveis, imprescindíveis para a sobrevivência do ser humano em face da Terra. Atemporais e imprescritíveis, porque ilimitados no tempo. A qualquer momento podem ser cobrados por aquele que se viu destes destituído. *Irrenunciáveis*, porque personalíssimos. *Absolutos* e *imutáveis,* porque não estão cingidos aos fatores socioculturais, políticos e econômicos de determinada época e de determinada organização. *Indivisíveis,* porque, desrespeitado um dos direitos, todos são desrespeitados no mesmo momento. Não se pode cumprir alguns direitos humanos e outros, não. Ou se cumprem e respeitam todos ou não. Por vezes, não se observa a formulação específica de tais direitos, mas eles existem, porque são imanentes ao ser humano e concretizam-se em cada território, pela legislação específica de cada país. Contudo, mesmo aqueles que não se concretizarem continuam existindo até que o legislador os perceba e os transforme em lei ou até que os juízes os apreendam e deles façam sua razão de julgar, interpretando as leis existentes no seu país.

Em razão da universalização dos direitos da pessoa humana, o legislador constituinte de 1988, acertadamente, acompanhou o movimento internacional para proteção e promoção da pessoa humana, tanto é que colocou "a dignidade da pessoa humana" entre os fundamentos do Estado Democrático Brasileiro.

Assim, "os Poderes Constituídos" devem adotar medidas para promoção da pessoa humana, para que os direitos da pessoa humana não tenham proteção insuficiente, até porque toda pessoa humana é titular de direitos fundamentais, bastando a simples

qualidade de ser humano para ser titular de tais direitos, conforme está previsto no artigo 1º do Pacto de San José da Costa Rica[4], *in verbis*:

> Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos
> 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
> 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Nessa trilha, são os ensinamentos do constitucionalista George Marmelstein (2011, p.246), ao afirmar que: "Qualquer pessoa, em regra, pode ser titular de direitos fundamentais, não importando a cor da pele, a condição financeira, a opção sexual, a idade, a nacionalidade ou qualquer outro atributo. Não é necessário sequer que a pessoa seja plenamente capaz. Pode ser menor de idade, idoso, portando de doença mental etc. basta que seja ser humano", ou seja, pelo simples fato da condição humana, o homem torna-se titular de direitos que devem ser respeitados por todos, inclusive pelo Estado.

Destarte, toda e qualquer pessoa humana é titular de direitos, inclusive os nascituros, tanto é que o Código Civil de 2002 adotou a teoria concepcionista, a qual resguarda direitos à pessoa que ainda não nasceu, o que comprova a preocupação do legislador para com a pessoa humana.

Para efetivação do postulado da dignidade humana, o Estado deve propiciar à pessoa humana um patrimônio mínimo a fim de que possa viver com dignidade, o que inclui o direito à alimentação; do contrário, não há que se falar em cumprimento do postulado da dignidade humana.

A partir do século XXI, o direito constitucional passou a ser visto sob uma nova perspectiva, denominada de neoconsti-tucionalismo, em razão da constitucionalização dos direitos sociais, onde o Estado deve concretizar as prestações materiais à pessoa humana. Assim,

[4] Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.

pode-se dizer que o neoconstitucio-nalismo tem como caráter axiológico a concretização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Esse é o magistério do constitucionalista Walter de Moura Angra (2008, p.31):

> o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para implantação de um Estado Democrático de Direito. Ele poder considerado com um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser relacionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

Segundo o professor Fredie Didier Jr. (2012, p. 28/30), nas últimas décadas o direito constitucional passou a ser analisado e interpretado sob outras perspectivas, podendo ser destacadas três principais características:

> a) reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a ser concebida corno principal veículo normativo do sistema jurídico, havendo a transição de um modelo de Estado fundado na lei para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional);
> b) expansão e consagração dos direitos fundamentais, sob as dimensões subjetiva (situações jurídicas de vantagem) e objetiva (normas que orientam a produção de outras normas);
> c) expansão e desenvolvimento da jurisdição constitucional, através de técnicas de controle de constitucionalidade".

Com o advento da Constituição Republicana de 1988, os direitos fundamentais foram potencializados em razão da força normativa da Constituição. Com isso, tais direitos passaram a ser aplicados de forma direta e imediata, cabendo ao Poder Judiciário a função de guardião dos direitos fundamentais[5], podendo

[5] Para George Marmelstein, "O reconhecimento da força normativa potencializada dos direitos fundamentais ocasiona algumas mudanças de paradigma na aplicação do direito, por exemplo:

intervir quando a promoção dos direitos fundamentais ficar aquem do necessário, ou seja, quando tiver proteção insuficiente.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 151), citando o jurista português Jorge Miranda, ensinam que o Judiciário está vinculado aos direitos fundamentais, logo, deve conferir máxima efetividade a tais direitos. Veja o posicionamento dos constitucionalistas:

> Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, da CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais".

Destarte, o hermeneuta deve adotar novo parâmetro para realização da interpretação, devendo sempre buscar a maior efetividade possível aos comandos constitucionais em razão da força normativa da Constituição. Com a Nova Ordem Jurídica, o

---

a) redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais ('não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais'), já que o conteúdo das normas constitucionais não pode ficar dependente da vontade parlamentar (poder constituído), e toda a interpretação legal deverá se guiar pelos mandamentos traçados na Constituição;
b) reformulação da doutrina da separação entre os poderes, em face da 'solução de compromisso' que todos os agentes devem assumir na concretização dos direitos fundamentais, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional; c) aceitação da possibilidade de concretização judicial de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Poder Legislativo, como consequência do aumento da força normativa da Constituição, da aplicação direita e imediata dos direitos fundamentais e do reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião dos valores constitucionais". (MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 319).

Estado deixou de ter fundamento na lei, passando a ter fundamento na Constituição, o que parte da doutrina tem denominado de Estado Constitucional, pois todas as ações do Estado devem ter como ponto de partida as diretrizes fixadas pela Constituição Republicana de 1988.

Com a constitucionalização dos direitos sociais, o Estado deve adotar medidas para promoção e efetivação dos direitos sociais, para que a pessoa humana tenha uma existência digna, o que levou o professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin a criar a teoria do Estatuto do Patrimônio Mínimo, a qual aborda a necessidade de a pessoa humana ter direito ao mínimo existencial para sobreviver com dignidade, com reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países.

O neoconstitucionalismo, como marco teórico, resultou na constitucionalização de todos os direitos, inclusive dos direitos sociais. Com o novo paradigma, houve uma expansão da jurisdição constitucional em razão da força normativa da Constituição, resultando na necessidade de uma nova dogmática de interpretação das normas infraconstitucionais a partir do Texto Constitucional para concretização dos direitos fundamentais, tendo em vista a imperatividade e a coercibilidade das normas constitucionais.

Nas palavras do constitucionalista George Marmelstein (2011, p. 329/330), os direitos e as garantias fundamentais têm aplicação direta e imediata, mesma que não estejam regulamentados pelo legislador infraconstitucional, por força da cláusula de aplicação direta e imediata. Eis os comentários do autor:

> O art. 5º, § 1º, da Constituição de 88, determina que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Essa norma é uma consequência natural da supremacia desses direitos. Afinal não haveria sentido em condicionar a aplicação de determinado direito fundamental a uma futura e incerta regulamentação legislativa. Se o direito somente pudesse ser efetivado quando o legislador regulamentasse o seu exercício, ocorreria uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria mais poderes do que o próprio poder constituinte.
> Assim, por força da cláusula de aplicação direta e imediata, o direito fundamental tem capacidade de produzir efeitos mesmo que não esteja regulamentado pelo legislador infraconstitucional".

Destarte, pode-se dizer que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, portanto, os poderes constituídos devem implementar medidas para que tais direitos não tenham proteção insuficiente, ou seja, deve ser buscada a máxima efetivação dos direitos e garantias fundamentais assegurados no Texto Constitucional, a fim de que seja efetivada a vontade almejada pelo legislador constituinte, até porque é direito do indivíduo receber os direitos prestacionais[6], como saúde, educação, segurança, moradia, alimentação, entre outros direitos de índole constitucional.

Nas palavras dos constitucionalistas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 152), mesmo na falta de norma legal, o julgador pode e deve aplicar diretamente os direitos fundamentais pela via interpretativa, com base no artigo 5º, § 1º, da CRB de 1988. Eis os comentários:

> Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

A Corte Internacional de Direitos Humanos posicionou-se no sentido de que a obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a fazer possível o cumprimento desta obrigação, mas que comporta a necessidade de uma con-

[6] Para José Afonso da Silva, "os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexionam com o direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade".

duta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos".[7]

Assim, o poder público deve implementar políticas sociais e econômicas a fim de promover os direitos inerentes à pessoa humana de forma eficiente, sob pena de o Poder Judiciário compelir o Estado a adotar medidas para efetivação dos direitos inerentes à pessoa humana, até porque tais direitos estão no ápice da escala axiológica da norma constitucional, logo, devem ser aplicados imediatamente pelos poderes constituídos a todos indivíduos indistintamente.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 45/2004, anteriormente mencionada, o Supremo Tribunal Federal manifestou que o Estado não pode invocar a cláusula da "reserva do possível" com o objeto de "exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade".

Portanto, a invocação da cláusula da reserva do possível somente deve ser acolhida pelo Poder Judiciário se o Estado comprovar matemática e suficientemente que a decisão resultará em danos irreparáveis à coletividade, ou seja, a Administração Pública deve comprovar que a efetivação dos direitos fundamentais causará mais danos do que vantagens para a coletividade; do contrário, o argumento de afronta à cláusula da reserva do possível não deve ser acolhido, pois é ônus do Estado comprovar a impossibilidade de efetivação dos direitos fundamentais.

Pelo que foi exposto, conclui-se que toda e qualquer pessoa humana merece viver com dignidade. Assim, tanto os avós, como as crianças e adolescentes merecem ter seus direitos protegidos. Assim, os netos merecem receber o devido tratamento, podendo os avós serem chamados a prestar alimentos quando restar comprovado a impossibilidade financeira dos pais, podendo ser compelidos a prestar alimentos. No entanto, jamais deverão ser encarcerados em razão de não cumprir a obrigação subsidiária, tendo em vista que a prisão dos avós é ato atentatório à dignidade da pessoa humana, conforme será abordado no tópico a seguir.

---

[7] *Corte Internacional de Direitos Humanos – Caso Velásguez Rodríguez, Sentença de 29 de julho de 1988, Série C nº 4, par. 167/168.*

2 A prisão dos avós por dívida alimentar e a dignidade da pessoa humana

De início, cabe registrar que os alimentos constituem um direito fundamental da pessoa humana, conforme está disposto no artigo 6º da Constituição Republicana de 1988, *in verbis*: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Assim, os poderes constituídos devem conferir máxima efetividade a todos os direitos previstos no artigo 6º da Constituição, inclusive o direito à alimentação.

Para a melhor doutrina, os alimentos são prestações devidas para a efetivação do direito à vida, ou seja, os alimentos compreendem tudo que for necessário ao sustento, à habitação, bem como outras necessidades para sobrevivência da pessoa humana. Nessa trilha, são os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 80):

> [...] juridicamente, a expressão alimentos tem sentido evidentemente amplo, abrangendo mais do que a alimentação. Cuida-se de expressão plurívoca, não unívoca, designando diferentes medidas e possibilidades. De um lado, o vocábulo significa a própria obrigação de sustento de outra pessoa. A outro giro, com a expressão alimentos, designa-se também o próprio conteúdo da obrigação. Ou seja, sob a referida expressão estão envolvidos todo e qualquer bem necessário à preservação da dignidade humana como a habitação, a saúde, a assistência médica, a educação, a moradia, o vestuário e, é claro, também a cultura e o lazer.

O artigo 1.694 do Código Civil de 2002 estabelece quais são os legitimados a prestar alimentos, aduzindo que "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação".

Já o artigo 1.697 da Codificação privada estabelece que "Na falta dos ascendentes cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais".

Com base neste dispositivo, os avós são compelidos a prestarem alimentos quando os pais da criança/adolescente não dispuserem de condições financeiras para arcarem com a alimentação dos filhos, o que a doutrina e jurisprudência denominaram de obrigação avoenga em prestar alimentos.

A obrigação de os avós fornecerem alimentos para os netos se dá na forma "subsidiária"[8], portanto, os avós somente podem ser chamados a prestar alimentos quando se esgotar todos os meios de buscar os alimentos contra os pais. Nesse sentido foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios ao julgar o processo nº 0042971-29.2013.8.07.0016. Eis a ementa do julgado:

> DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS CONTRA AVÔ PATERNO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E COMPLEMENTAR. AUSÊNCIA DE PROVA DA INCAPACIDADE DOS GENITORES. SENTENÇA REFORMADA. 1. A responsabilidade dos avós de prestar alimentos é subsidiária e complementar à responsabilidade dos pais, só sendo exigível em caso de impossibilidade de cumprimento da prestação - ou de cumprimento insuficiente - pelos genitores. 2. Para que se configure a obrigação dos ascendentes mais remotos, é necessário que se demonstre a impossibilidade daqueles mais próximos em suportar o encargo alimentar. 3. Não se vislumbra dos autos qualquer indício de que os genitores, a quem compete dirigir a criação e educação das filhas (CC, art. 1.634), não possam manter as despesas necessárias ao regular desenvolvimento destas. 4. Recurso provido". (APC 20130111630290 DF 0042971-29.2013.8.07.0016, TJDF, 5ª Turma, Relator Sebastião Coelho, 2014).

Ao julgar a Apelação Cível nº 1.0134.13.004894-2/001, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu que "na impossibilidade ou ausência dos pais, os avós podem ser chamados a assumir a obrigação alimentícia, em caráter complementar e subsidiário"[9], ou seja, a obrigação dos avós para o sustento dos

---

8 TJRS – Apelação Cível nº 70051595676 - Oitava Câmara Cível – Relator Des. Rui Portanova (Ementa: Apelação Cível. Obrigação Avoenga. Inviabilidade. A obrigação alimentar dos avôs é subsidiária. Logo, é inviável o direcionamento da demanda alimentar contra os avôs paternos enquanto não esgotados os meios de buscar os alimentos contra o pai).

9 TJMG - Apelação Cível 1.0134.13.004894-2/001, Relator(a): Des.(a) Oliveira Firmo, 7ª Câmara Cível, julgamento em 19/02/2019, publicação da súmula em 25/02/2019

netos é de caráter excepcional, subsidiário e complementar, logo, não faz sentido serem encarcerados em razão de dívida alimentar para com os netos.

Dessa forma, a prestação dos alimentos avoengos depende da comprovação da impossibilidade dos genitores do alimentado cumprir com a obrigação alimentar. Não basta apenas o credor de alimentos alegar que os genitores estão impossibilitados de prestar alimentos, é imprescindível comprovar nos autos da ação de alimentos a impossibilidade financeira dos pais.

É do autor da ação de alimentos a incumbência de comprovar os fatos constitutivos de seu direito em desfavor dos avós, de modo a permitir cognição[10] e a formação do convencimento do magistrado, até porque aquele que tem o dever de provar e esquiva-se do ônus probatório deve ter seu pedido julgado improcedente. Nesse sentido, corrobora o Desembargador aposentado do TJMG e professor Humberto Theodoro Júnior (1999, p. 423):

> Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisprudencial. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente".

*Vale transcrever os ensinamentos do processualista italiano Francesco Carnelutti (*2002, p.99*), sobre o ônus probatório:*

> Não tenho necessidade de acrescentar, como é natural, que não faço aqui uma questão de palavras e que, portanto, não atribuo importância alguma a como sejam chamados os dois conceitos, senão ao fato de que sejam designados com nomes distintos ou, pelo menos, a que se acentue de algum modo a diferença entre eles. Enquanto isso, e até que se proponha uma terminologia melhor, chamo por minha conta e meio de prova a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e fonte de prova ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade.

[10] MADEIRA, Dhenis Cruz. Processo de conhecimento e Cognição**:** uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2009, p. 23.

Quanto ao ônus probatório, o mestre Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 58) ensina que:

> provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e, portanto, condizente com a verdade. O fato existe ou inexiste, aconteceu ou não aconteceu, sendo, portanto, insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas – e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.

Em razão do ônus probatório, o credor de alimentos deve comprovar que os genitores estão impossibilitados de prestar alimentos, para que a obrigação seja transferida para os avós, tendo em vista que se trata de uma obrigação subsidiária.

Considerando que a obrigação dos avós é subsidiária, a prisão por dívida alimentar a que se refere o artigo 5º, inciso LXVII, não pode ser direcionada aos avós. A prisão deve recair tão somente para o devedor principal de alimentos, no caso os genitores do alimentado. Assim, não deve ser decretada a prisão civil dos avós por dívida de alimentos avoengos, especialmente dos avós idosos, pois a prisão dos avós idosos é ato atentatório à dignidade humana do idoso, bem como afronta às garantias estabelecidas no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003).

O Estatuto do Idoso concedeu várias garantias e privilégios à pessoa idosa, portanto, não faz sentido outra norma atentar contra a dignidade da pessoa humana, sob pena do Estatuto do Idoso tornar-se "letra morta". Não faria sentido o legislador introduzir no sistema jurídico pátrio a Lei nº 10.741/2003, com uma gama de direitos, enquanto outra norma admite que o idoso seja encarcerado. A prisão dos avós, principalmente os idosos, é totalmente irrazoável e desproporcional, pois não faz nenhum sentido os avós, depois de criarem os filhos, ter que criar os netos e, ainda serem encarcerados por dívidas de alimentos avoengos.

Sempre temos notícias, através da mídia televisiva ou eletrônica, que avós bem idosos foram presos por não pagar alimentos para os netos. Em que pese o neto ter o direito alimentar, a prisão dos avós, especialmente dos avós idosos, é totalmente injustificável. Assim, o julgador deve adotar todas as medidas possíveis a fim de compelir os pais e, subsequentemente, os avós a prestarem alimentos, exceto decretar a prisão civil dos avós.

De mais a mais, o julgador, valendo-se do seu "poder geral de cautela"[11], pode determinar inclusive que o Estado custeie os alimentos da criança que se encontre desamparada, até porque o Estado brasileiro deve garantir o mínimo existencial para a pessoa humana, até porque é obrigação do Estado garantir o "mínimo existencial" para a pessoa humana.

A garantia do "mínimo existencial" funciona como limite fático para a concretização dos direitos sociais, estando incluso o direito à alimentação e demais recursos para que a pessoa humana tenha uma vida digna, a fim de que seja concretizado o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana, conforme almejado pelo legislador constituinte de 1988.

Vale registrar a forte tendência por parte da doutrina e da jurisprudência em defender que a pessoa humana deve ter um patrimônio mínimo para sobreviver, tendo como tutela a promoção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, advogam os doutrinadores Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2008, p. 348):

> A proteção de um patrimônio mínimo vai ao encontro dessa tendência, como se pode verificar, verbi gratia, na proteção ao bem de família (Lei n. 8.009/90 e CC, arts. 1.711 a 1.722); no óbice à prodigalidade mediante a vedação da doação da totalidade do patrimônio, sem que se resguarde um mínimo (CC, art. 548); na previsão da impenhorabilidade de determinados bens (CPC, arts. 649 e 650) e em outros dispositivos que reconhecem como necessária tal proteção para o desenvolvimento das atividades humanas.

Os doutrinadores continuam ensinando que:

> ao reunificar o sistema jurídico em seu eixo fundamental (vértice axiológico), estabelecendo como princípios norteadores da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), a solidariedade social (art. 3º) e a igualdade substancial (arts. 3º e 5º.), além da *erradicação da pobreza e redução das desigual-*

[11] Para a melhor doutrina e jurisprudência, o poder geral de cautela consiste na possibilidade do magistrado, em algum caso específico, conceder tutela cautelar de ofício, consoante a previsão contida no artigo 297 do Código de Processo Civil de 2015.

> *dades sociais, promovendo o bem de todos* (art. 3º, III e IV), a Lex Fundamentallis de 1988 realizou uma interpenetração do direito público e do direito privado, redefinindo os seus espaços, até então estanques e isolados. Tanto o direito público quanto o privado devem obediência aos princípios fundamentais constitucionais, que deixam de ser neutros, visando ressaltar a prevalência do bem-estar da pessoa humana". (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12/13).

Ao comentar sobre a necessidade de o Estado garantir o mínimo existencial à pessoa humana, a Juíza Federal Ana Cristina Kramer ensina que:

> Filósofos e juristas têm defendido a tese de que o Estado deve garantir o 'mínimo existencial', ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse piso. Dizem, ainda, que este mínimo existencial depende da avaliação do binômio necessidade/capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que significa um direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de ter saúde".[12]

Na mesma trilha, são os ensinamentos de Ricardo Lobo Torres (2003, p. 1-46). Eis os comentários do autor:

> "A jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada

[12] KRAMER, Ana Cristina. O Poder Judiciário e as ações na área da saúde. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm. Acesso em: 18.04.2019.

> na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à separação do primado dos direitos sociais prestacionais (ou direitos a prestações positivas do Estado, ou direitos de crédito – *droi créance – ou Teilhaberechte*) sobre direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima".

Ademais, a necessidade de garantir à pessoa humana o mínimo existencial para a sobrevivência pode ser retirada do artigo XXXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, *in verbis*: "Todo o homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como a sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social".

Assim, ao invés de decretar a prisão dos avós, principalmente dos avós idosos, o magistrado, em situações excepcionalíssimas, pode determinar que o Estado preste assistência à criança que se encontre em vulnerabilidade, não devendo jamais decretar a prisão dos avós por dívidas de alimentos avoengos, tendo em vista que o encarceramento dos avós, especialmente dos idosos, é ato atentatório à dignidade humana.

De mais a mais, a obrigação dos avós em prestar alimentos para os netos se dá na forma subsidiária, portanto, por não serem devedores principais, não devem ser encarcerados em razão de dívida alimentar. Com isso, a prisão civil somente deve recair sobre os genitores da criança/adolescente, nunca contra os avós.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o HC 416.886/SP de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, concedeu a ordem para afastar a prisão em razão de inadimplemento de alimentos avoengos. Eis a ementa do julgado:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL POR ALIMENTOS.
> OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AVOENGA. CARÁTER COMPLEMENTAR E SUBSIDIÁRIO DA PRESTAÇÃO.

EXISTÊNCIA DE MEIOS EXECUTIVOS E TÉCNICAS COERCITIVAS MAIS ADEQUADAS. INDICAÇÃO DE BEM IMÓVEL À PENHORA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA MENOR ONEROSIDADE E DA MÁXIMA UTILIDADE DA EXECUÇÃO. DESNECESSIDADE DA MEDIDA COATIVA EXTREMA NA HIPÓTESE.
1- O propósito do habeas corpus é definir se deve ser mantida a ordem de prisão civil dos avós, em virtude de dívida de natureza alimentar por eles contraída e que diz respeito às obrigações de custeio de mensalidades escolares e cursos extracurriculares dos netos.
2- A prestação de alimentos pelos avós possui natureza complementar e subsidiária, devendo ser fixada, em regra, apenas quando os genitores estiverem impossibilitados de prestá-los de forma suficiente. Precedentes.
3- O fato de os avós assumirem espontaneamente o custeio da educação dos menores não significa que a execução na hipótese de inadimplemento deverá, obrigatoriamente, seguir o mesmo rito e as mesmas técnicas coercitivas que seriam observadas para a cobrança de dívida alimentar devida pelos pais, que são os responsáveis originários pelos alimentos necessários aos menores.
4- Havendo meios executivos mais adequados e igualmente eficazes para a satisfação da dívida alimentar dos avós, é admissível a conversão da execução para o rito da penhora e da expropriação, que, a um só tempo, respeita os princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade da execução, sobretudo diante dos riscos causados pelo encarceramento de pessoas idosas que, além disso, previamente indicaram bem imóvel à penhora para a satisfação da dívida.
5- Ordem concedida, confirmando-se a liminar anteriormente deferida. (HC 416.886/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/12/2017, DJe 18/12/2017).

Habeas corpus. Alimentos. Execução. Prisão Civil.
1. Na linha da orientação firmada nesta Corte, "o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores à citação e as que vencerem no curso do processo" (Súmula 309/STJ).

> 2. A prisão civil do genitor, na hipótese presente, não deve abranger as prestações pagas pelos avós, condenados em posterior ação de alimentos. 3. Ordem concedida, em parte. (HC 46.949/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 08/05/2006, p. 192).

Conforme visto anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, mesmo que de forma tímida, afastou a prisão civil dos avós, o que é salutar, tendo em vista que a prisão dos avós, principalmente dos idosos, está em descompasso com o postulado da dignidade da pessoa humana.

O magistrado deve adotar outros meios para compelir os avós a efetuar o pagamento de pensão alimentar para os netos, através do sistema Bacejud ou Renajud, para realizar a contrição de algum valor ou bem dos avós para o pagamento da pensão alimentícia. No entanto, jamais deve determinar o encarceramento dos avós em razão de responsabilidade subsidiária de pagar alimentos.

Conforme visto no presente estudo, a obrigação dos avós em prestar alimentos para os netos tem caráter subsidiário e excepcional, vez que a obrigação real recaia sobre os genitores do alimentado. Com isso, não faz nenhum sentido o encarceramento dos avós em razão de inadimplência de prestação alimentícia avoenga. De mais a mais, a prisão civil agride diretamente a integridade física e psíquica dos avós, especialmente dos idosos.

Vale registrar que a Comissão de Direitos da Pessoa Idosa, da Câmara dos Deputados, aprovou o Projeto[13] de Lei 2280/15, de relatoria do deputado Felício Laterça, o qual visa afastar a prisão civil dos avós em caso de inadimplemento, o que demonstra que o encarceramento dos avós é reprovado pela sociedade.

Conclusão

Diante dos fatos relatados, pode-se concluir que a prisão dos avós por dívida de alimentos avoengos está em descompasso com o sistema jurídico vigente, uma vez que a obrigação dos avós em prestar alimentos para os netos se dá na forma subsidiária, portanto, por não serem devedores principais, não devem ser encar-

[13] Disponível em: https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/trabalho-e-previdencia/574272-comissao-aprova-projeto-que-limita-prisao-de-idoso-por-divida-de-pensao-alimenticia.html. Acesso em: 30.05.2019.

cerados em razão de dívida alimentar. Em razão disso, a prisão civil somente deve recair sobre os genitores da criança/adolescente, nunca contra os avós, tendo em vista que os pais são os responsáveis principais em prestar alimentos para os filhos.

Com a prisão, os avós estão sendo penalizados por uma obrigação principal dos filhos. Os avós realmente podem ser chamados para prestar alimentos para os netos em caráter excepcional e subsidiário. Em caso de não pagamento, o magistrado poderá determinar a busca, através do sistema Bacejud ou Renajud, para realizar a contrição de algum valor ou bem dos avós para o pagamento da pensão alimentícia. Todavia, não é razoável e salutar o encarceramento dos avós por pensão alimentícia dos netos, vez que a prisão representa um atentado ao postulado da dignidade da pessoa humana.

Ademais, o magistrado poderá valer-se de seu "poder geral de cautela" e determinar que o Estado forneça alimentos para o necessitado que se encontra em situação de vulnerabilidade, mas nunca deve determinar o encarceramento dos avós a fim de compeli-los a pagar os alimentos para os netos.

Referências

ANGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.) 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2002.

DIAS, Reinaldo. **Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIDIER JR., Fredie. **A Reconstrução da Teoria Geral do Processo**. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). Reconstruindo a Teoria Geral do Processo. Salvador: JusPodivm, 2012.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso Básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Os Alimentos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil**: teoria geral. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LORDEL, João Paulo. **Noções Gerais de Direito e Formação Humanística**. Salvador: JusPodivm, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e Cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2009.

KRAMER, Ana Cristina. **O Poder Judiciário e as ações na área da saúde**. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm. Acesso em: 18.04.2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 26° ed., Editora Forense, ano 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A desconsideração da personalidade jurídica: conceito, teorias, aplicação nas sociedades limitadas e as alterações feitas pela Lei da Liberdade Econômica

Délia Morais Pales Martins
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva

Rodrigo Assunção Salvador
Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Newton Paiva

RESUMO

A principal característica da pessoa jurídica é a sua autonomia em relação aos indivíduos que a integram. Assim, há uma autonomia da pessoa jurídica entre os seus sócios e administradores. Em razão da possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a pessoa jurídica, por vezes, cometeu fraudes e lesou sociedades ou terceiros, o que ensejou reações na doutrina e na jurisprudência. À vista disso, tem-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o qual é uma medida que se utiliza a fim de se evitar tais fraudes ou abusos de poder, uma vez que possibilita aos credores conseguir alcançar os patrimônios dos sócios da empresa beneficiados com a má utilização da pessoa jurídica. Sendo necessária para a aplicação do instituto, a confluência dos requisitos estabelecidos pela lei: o abuso da personalidade caracterizado pelo desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica. Desconsideração da personalidade jurídica. Fraudes ou abusos de poder. Desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

ABSTRACT

The main characteristic of the legal entity is its autonomy in relation to the individuals that form it, thus, there is autonomy of the legal entity between its partners

and administrators. Due to the possibility of excluding the liability of partners or administrators, the legal entity sometimes committed fraud and harmed companies or third parties, which gave rise to reactions in doctrine and jurisprudence. In view of this, there is the institute of disregarding the legal personality, which is a measure that is used in order to avoid such frauds or abuses of power, since it allows creditors to be able to reach the assets of the company's benefiting partners with the misuse of the legal entity. Being necessary for the application of the institute, the confluence of the requirements established by law: abuse of personality characterized by misuse of purpose or confusion of assets.

Keywords: Legal entity. Disregard for legal personality. Fraud or abuse of power. Deviation of purpose or patrimonial confusion.

Introdução

Através do presente artigo, será realizado o estudo acerca da desconsideração da personalidade jurídica. No primeiro momento, buscará estudar sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o seu conceito, requisitos e a possibilidade de desconsideração inversa. Em seguida, serão abordadas as teorias: maior e menor, fundamental para que se possa entender em qual teoria a legislação brasileira se ampara. Ato contínuo, será analisada a responsabilidade dos sócios nas sociedades limitadas, e, por fim, a análise sobre a Lei da Liberdade Econômica na desconsideração da personalidade jurídica.

Nesse sentido, a desconsideração da personalidade jurídica trata-se de uma modalidade de intervenção de terceiros, a qual possibilita que uma pessoa que não é parte do processo intervenha no processo, podendo se dar por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Tal instituto possibilita desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa e, assim, conseguir responsabilizar pessoalmente o sócio ou administrador da pessoa jurídica pelos atos da empresa.

À luz da desconsideração da personalidade jurídica, entende-se como uma medida a fim de se evitar fraudes ou abuso de direito, uma vez que propicia aos credores alcançar os patrimônios dos sócios da empresa que se beneficiaram com a má utilização da pessoa jurídica, sendo necessária a confluência dos requisitos estabelecidos pela lei, quais sejam, o abuso da personalidade caracterizado pelo desvio de finalidade ou a confusão

patrimonial, agindo, desse modo, para satisfazer os credores através de bens pessoais dos sócios e administradores de uma pessoa jurídica, alcançando os bens e as pessoas que se escondem dentro da pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos.

À vista disso, tem-se a desconsideração da personalidade jurídica, estudo do presente artigo.

1 A desconsideração da personalidade jurídica

Para se compreender o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, se faz necessário estudar a personalidade jurídica, para que, então, se entenda corretamente como o patrimônio e ela se relacionam, e a sua desconsideração.

Nessa direção, é sabido que a pessoa jurídica é capaz de direitos e deveres na ordem civil, independentemente dos integrantes que a constituem, com os quais não possui vínculo, dessa maneira, não há correlação com a vontade individual das pessoas naturais que a integram.

Desse modo, tem-se a principal característica da pessoa jurídica: a sua autonomia entre os indivíduos que a integram. Assim, há uma autonomia da pessoa jurídica em relação aos seus sócios e administradores, conforme, agora, previsto no artigo 49-A do Código Civil de 2002, incluído pela Lei nº 13.874/2019[1] (Lei da Liberdade Econômica). Os seus integrantes, em regra, "somente responderão por débitos dentro dos limites do capital social, ficando a salvo o patrimônio individual, dependendo do tipo societário adotado", afirma Tartuce (2023, p. 186).

Primeiro, exaure-se o patrimônio da pessoa jurídica para, posteriormente, e desde que o tipo societário adotado permita, os bens particulares dos sócios ou componentes da pessoa jurídica sejam executados. Assim, a regra é que a responsabili-

[1] **LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019:** "Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências." – Disponível em: (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7).

dade dos sócios, no que tange às dívidas sociais, seja sempre subsidiária.

Em razão da referida possibilidade de exclusão da responsabilidade dos sócios ou administradores, a pessoa jurídica, por vezes, cometeu fraudes e lesou sociedades ou terceiros, o que ensejou reações na doutrina e na jurisprudência.

Objetivando evitar tais fraudes ou abusos de poder, o ordenamento jurídico brasileiro adotou e positivou o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com escopo a responsabilizar a pessoa jurídica por abusos cometidos por seus sócios ou responsabilizar os sócios por abusos exercidos pela sociedade empresária. Dessa maneira, sendo imprescindível para instaurar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica a "inequívoca comprovação de má-fé dos sócios ou da empresa e desvirtuamento da função da pessoa jurídica", conforme alega o Relator Lavínio Donizetti Paschoalão da 14ª Câmara de Direito Privado do TJSP, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2040041-09.2022.8.26.0000[2]. Por consequência, possibilitando aos credores atingir os bens dos sócios da sociedade beneficiados, direta ou indiretamente, da má utilização da pessoa jurídica.

No que se refere à origem, indica-se o seu surgimento na Inglaterra, no caso de litígio entre os irmãos Salomon, em 1897, afirma Tartuce (2023, p. 186).

Nesse cenário, o instituto possibilita ao Juiz desconsiderar os efeitos da personificação da pessoa jurídica para alcançar e atribuir responsabilidades aos sócios, com o objetivo de impedir a consumação de fraudes e abusos por eles cometidos, contanto que causem prejuízos e danos a terceiros, especialmente aos credores da empresa. Desse modo, os bens particulares dos sócios que se beneficiaram da má utilização da pessoa jurídica podem responder pelos danos causados a terceiros.

Para Tartuce (2023, p. 186), "o véu ou escudo, no caso da pessoa jurídica, é retirado para atingir quem está atrás dele, o sócio ou administrador".

Portanto, através do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, nas hipóteses específicas em que o Juiz identificar abuso de direito ou fraude na pessoa jurídica, a personali-

[2] TJ-SP - AI: 20400410920228260000 SP 2040041-09.2022.8.26.0000, Relator: Lavínio Donizetti Paschoalão, Data de Julgamento: 13/05/2022, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/05/2022. (https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1500669042)

dade jurídica será desconsiderada, não se aplicando as regras de separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os seus integrantes, com o fim de que o abuso de direito ou fraude sejam coibidos.

De outro bordo, há a possibilidade de instituir a desconsideração inversa ou invertida, na qual os bens da empresa também poderão responder por dívidas dos sócios da pessoa jurídica. Assim, o Código Civil Brasileiro acolheu tal possibilidade no seu artigo 50, na redação atual, com as alterações feitas pela Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019). Contudo, a desconsideração inversa será aplicada tão somente ao sócio ou administrador que, direta ou indiretamente, for beneficiado pelo abuso, aduz Tartuce (2023, p. 187/188).

No mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor também preceitua, no artigo 28, a hipótese da desconsideração inversa ou invertida. Vejamos:

> **Art. 28:** O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (...)
> § 5.º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores[3].

Para tanto, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2286638-23.2020.8.26.0000[4], o Relator Claudio Hamilton dispõe sobre o tema:

> Aliás, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou afirmando que a desconsideração da personalidade jurídica inversa se dá pelo

[3] Art. 28/CDC. (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm).

[4] TJ-SP - AI: 22866382320208260000 SP 2286638-23.2020.8.26.0000, Relator: Claudio Hamilton, Data de Julgamento: 18/03/2021, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/03/2021 – (https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1185063247).

> "afastamento da autonomia patrimonial da sociedade, para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio."
> (TJ-SP - AI: 22866382320208260000 SP 2286638-23.2020.8.26.0000, Relator: Claudio Hamilton, Data de Julgamento: 18/03/2021, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/03/2021)

De acordo com Tartuce, o exemplo típico é a situação em que o sócio, sabendo do divórcio, adquire bens com capital próprio em nome da empresa (confusão patrimonial). Dessa forma, por meio da desconsideração inversa, tais bens poderão ser alcançados através da ação de divórcio, fazendo com que o instituto seja aplicado no Direito de Família (2023, p. 192).

Cumpre ressaltar que "a desconsideração da personalidade jurídica pode ser postulada a qualquer tempo, não havendo prazo prescricional", assim afirmou o Relator Ministro Antônio Carlos Ferreira do STJ, no julgamento do AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 491.300 - ES (2014/0064350-6)[5].

Por fim, é imperioso destacar que não é mais aconselhável utilizar a expressão "Teoria", antigamente usada para denominar a Desconsideração da Personalidade Jurídica – *disregard doctrine* –, ora regulamentada no Código Civil de 2002, segundo argumenta Tartuce (2023, p. 187).

3 Teoria maior e teoria menor

Para que a desconsideração seja aplicada, existem alguns pressupostos que dependem do tipo de teoria que se pretende acolher. Conforme a doutrina, a mesma pode ser dividida em duas teorias, tendo como preceito o que se pretende descon-siderar. Ou seja, encontram-se: *a Teoria Maior e a Teoria Menor*.

A Teoria Maior é aplicada quando existem obrigatoriamente dois requisitos: a demonstração do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade e confusão

[5] STJ - AgInt no AREsp: 491300 ES 2014/0064350-6, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 11/11/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2019. (https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859878217)

patrimonial **+** (mais) o prejuízo ao credor. Essa teoria é vislumbrada nos termos do artigo 50 do Código Civil, assim afirma Tartuce (2023, p. 190).

De acordo com Rosenvald *et al* (2007), a Teoria Maior pode ser subdivida em teoria maior objetiva e teoria maior subjetiva, "a depender da exigência, ou não, do elemento anímico para a desconsideração. De qualquer sorte, a teoria maior exigirá, sempre, o atendimento dos requisitos".

Já para a Teoria Menor, o requisito a ser exigido seria apenas um único elemento: o prejuízo ao credor, elenca Tartuce (2023, p. 190). Essa teoria está presente nos estatutos jurídicos, como no Direito do Consumidor (artigo 28 do CDC), no Direito Ambiental (Lei 9.605/1998) e na seara trabalhista (artigo 28, parágrafo 5º, do CDC).

Ainda sobre a Teoria Menor, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), por sua vez, em seu artigo 28, § 5º, se detém na hipótese de causar "mero prejuízo ao consumidor" para que a Desconsideração seja deferida, sendo objeto de muita crítica na doutrina. Conforme Tartuce (2023, p. 191), o § 5º, do artigo 28 do CDC, "vem sendo aplicado amplamente pela jurisprudência, como precursor da teoria menor".

Nesse sentido, vejamos o julgamento do Agravo de Instrumento nº 2009658-45.2021.8.13.0000, proferido pelo Relator Desembargador Domingos Coelho da 12ª Câmara Cível do TJMG, em fevereiro de 2022. *In verbis:*

> O microssistema de proteção consumerista positivou normas de desconsideração da personalidade jurídica, adotando a chamada teoria menor. Segundo precedente do STJ, no contexto de relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios - Para fins de aplicação da Teoria Menor da desconsideração da personalidade jurídica, basta que o consumidor demonstre o estado de insolvência do fornecedor ou o fato de a personalidade jurídica representar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados.
> (TJ-MG - AI: 20096584520218130000, Relator: Des.(a) Domingos Coelho, Data de Julgamento: 21/02/2022, 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/02/2022)

À vista disso, as Teorias Maior e Menor foram consolidadas na prática civil, mesmo com inúmeras críticas. Mas, segundo Coelho (2011, p.66-67):

> (...) a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de 'maior' e 'menor' mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados.

Contudo, Tartuce (2023, p. 192) afirma:

> Com o devido respeito, acredito que a aclamada divisão deve ser mantida na teoria e na prática do Direito Civil, especialmente pelo seu claro intuito didático e metodológico, com enorme relevância prática. Em suplemento, a aplicação da teoria menor é mais eficiente para a defesa dos interesses dos consumidores.

Portanto, entende-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra, a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica e, por exceção, a Teoria Menor.

4 A responsabilidade dos sócios nas sociedades limitadas

A união de esforços para atingir determinados objetivos é algo comum, a qual chamamos de sociedade. A sociedade limitada trata-se, então, de uma sociedade em que a responsabilização dos sócios é limitada, para que seus patrimônios particulares não sejam atingidos por consequências e/ou obrigações da sociedade.

Porém, existem algumas exceções quanto à responsabilização dos sócios encontradas na legislação. Uma delas é o art. 1.080 do CC. *In verbis:*

> **Art. 1.080.** As deliberações infringentes do contrato ou da lei tornam ilimitada a responsabilidade dos que expressamente as aprovaram.

Ou seja, havendo algo que vá ao contrário do contrato social e ao ordenamento jurídico, os sócios envolvidos respondem de forma ilimitada pelas consequências e obrigações decorrentes da decisão em questão.

Além disso, há a possibilidade de responsabilização de diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas em caso

de excesso de poder ou infração da lei, conforme disposto no Código Tributário Nacional, em seu artigo 135, inciso III. Nos seguintes termos:

> **Art. 135.** São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
> III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Ressalta-se, ainda, a responsabilização perante terceiros, ou seja, nas situações em que o capital social da empresa não for suficiente para suprir os credores sociais, é possível que se requeira o patrimônio particular de qualquer um dos sócios e que ele responda pelas obrigações da sociedade, conforme vislumbra o artigo 1.023 do Código Civil[6]. Observa-se:

> **Art. 1.023.** Se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.

Diante disso, nas situações em que acontecer a dissolução societária sem a quitação dos débitos da sociedade, haverá a possibilidade de responsabilização dos sócios com os seus patrimônios pessoais por esses débitos, "na proporção da sua participação", afirmam Dallemole e Fleischmann (2020).

Portanto, de acordo com Dallemole e Fleischmann *et al* (2020):

> (...) Esse fundamento dispensa a necessidade de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que já há a previsão legal para atingimento dos bens pessoais dos sócios por dívidas societárias – busca no patrimônio individual que estará limitada pela participação de cada um nas perdas sociais.

[6] Art. 1.023/CC: (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm).

5 A lei da Liberdade Econômica na desconsideração da personalidade jurídica

A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019) foi instituída com a finalidade de proteger o livre exercício da atividade econômica, reduzindo, desse modo, a possibilidade de interferência estatal na atividade econômica. Conforme visto anteriormente, a referida lei alterou o artigo 50 do Código Civil, o qual vislumbra sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Ilustra-se:

> **Art. 50**. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

Neste diapasão, para instituir a Lei nº 13.874/2019, houve a conversão da Medida Provisória nº 881/2019 na referida Lei, trazendo em seu artigo 1º a definição da sua finalidade, a qual consiste na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, visando proteger a livre iniciativa e o livre exercício de atividade econômica, com o intuito de reduzir a interferência estatal na atividade econômica. Vejamos o disposto no artigo 1º da Lei nº 13.874/2019[7]:

> **Art. 1º.** Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

[7] Art. 1º, LEI Nº 13.874, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019. Acesso em: (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7)

Conforme Dallemole e Fleischmann (2020), a alteração do artigo 50 do Código Civil, trouxe a inclusão de cinco parágrafos "na tentativa de delinear as características que devem ser observadas para a configuração de desvio de finalidade e confusão patrimonial". Seja citado o referido dispositivo:

> **Art. 50.** Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**
> § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**
> I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**
> II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**
> III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**
> § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**
> § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**
> § 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original

> da atividade econômica específica da pessoa jurídica. **(Incluído pela Lei nº 13.874, de 2019)**[8]

À vista disso, é sabido que as empresas exercem importante função social em uma sociedade. Dessa maneira, é fundamental que a livre iniciativa se volte ao desenvolvimento local e nacional nas regiões onde essas empresas estão localizadas. Desse modo, tem-se presente uma correlação entre sociedade e empresa, sustentando-se no crescimento econômico e social. Sendo assim, é necessário analisar os efeitos da redação atual do artigo 50 do Código Civil, uma vez que o referido artigo busca proteger "direitos de liberdade econômica a partir de delimitação de maiores requisitos ao atingimento do patrimônio individual em razão de dívidas societárias", afirmam Dallemole e Fleischmann (2020).

Ademais, ressalta-se que, em determinadas relações, como nas trabalhistas, facilitou-se a desconsideração da personalidade jurídica do empregador nos processos de débitos trabalhistas.

Dessa forma, para a atual redação do artigo 50 do Código Civil, é necessário que se comprove a intenção clara de fraude do sócio, cujo patrimônio individual deseja atingir. Assim, em razão do ônus da prova ser da parte que alegou a fraude, a referida alteração do artigo 50 do Código Civil faz com que o julgador "somente possa desconsiderar a personalidade jurídica com um contexto probatório mais robusto acerca da fraude, e somente em relação àqueles que se beneficiaram dela", dispõem Dallemole e Fleischmann (2020).

Com isso, a nova redação do diploma legal trouxe maiores requisitos à desconsideração da personalidade jurídica e delimitou as situações para desconsiderar a personalidade jurídica, demonstrando, dessa maneira, a pretensão de restringir a intervenção estatal sobre as empresas.

Contudo, nos processos trabalhistas, pode-se criticar as exigências dos requisitos, haja vista que o empregado possui maior dificuldade na produção de provas, em virtude da sua vulnerabilidade e hipossuficiência presumida.

Desse modo, devido à recente origem dessa Lei, não se pode confirmar as suas consequências, sendo notória a intenção do legislador em exigir mais requisitos para que seja deferida a

[8] Art. 50. do CC/2002. Disponível em: (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm)

desconsideração da personalidade jurídica. Assim, para Dallemole e Fleischmann[9] (2020):

> (...) Exige-se, agora, a demonstração de culpa dos sócios e administradores que se beneficiaram, direta ou indiretamente, da má utilização da pessoa jurídica, sendo apenas em relação a eles que será desconsiderada a separação patrimonial.

Portanto, o requisito da demonstração de culpa dos sócios e administradores beneficiados com a fraude, alicerçado pela comprovação da fraude e do atingimento somente do sócio beneficiado, embora dificulte a desconsideração da personalidade jurídica, acarreta decisões judiciais mais justas, tendo em vista que é necessário que a parte que alega a fraude apresente provas mais robustas e concretas.

Isso faz, então, com que o instituto da desconsideração seja aplicado apenas nos casos em que for comprovado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, contudo, sem atingir os sócios que não se beneficiaram da má utilização da pessoa jurídica, respeitando a unidade do patrimônio em virtude da personalidade e, assim, preservando a independência entre patrimônio individual e societário.

Conclusão

No artigo apresentado, abordou-se acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Neste artigo, os autores buscaram esboçar alguns tópicos de relevante questão no procedimento da desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, enfatizando a aplicabilidade do artigo 50 do Código Civil, na redação atual, com as alterações feitas pela Lei nº 13.874/2019.

Primeiramente, foi feito um estudo sobre o conceito da desconsideração da personalidade jurídica e os seus requisitos, concluindo-se que consiste em uma medida utilizada a fim de se evitar fraudes ou abuso de direito, uma vez que possibilita aos credores alcançar os patrimônios dos sócios da sociedade que se beneficiaram da má utilização da pessoa jurídica. Desse modo,

---

9 DALLEMOLE, Deborah Soares; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso, DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM SOCIEDADES LIMITADAS APÓS A LEI DA LIBERDADE ECONÔMICA, RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ - Rio de Janeiro, N. 37, JUN. 2020.

sendo necessários os requisitos estabelecidos pela lei, quais sejam, o abuso da personalidade caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Em um segundo momento do artigo, foi analisado que o ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra, a Teoria Maior da desconsideração da personalidade jurídica e, por exceção, a Teoria Menor. Nesse caso, não se autoriza a aplicação da desconsideração da personalidade com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente ou irregular, exigindo-se a demonstração de desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

Nesse viés, verificou-se que, na sociedade limitada, a responsabilização dos sócios é limitada, para que os patrimônios particulares dos sócios não sejam atingidos por consequências ou obrigações da sociedade. Entretanto, se existir algo oposto ao contrato social e ao ordenamento jurídico, os sócios envolvidos respondem de forma ilimitada pelas consequências e obrigações resultantes.

Em seguida, foi observada, com o advento da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), a modificação do artigo 50 do Código Civil, trazendo, assim, em sua alteração, critérios mais rígidos para que ocorra a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de delimitar as situações para a sua aplicação. Com a nova redação do dispositivo legal, é necessária a demonstração de culpa dos sócios e administradores beneficiados, direta ou indiretamente, da má utilização da pessoa jurídica. Assim, embora tais critérios dificultem a desconsideração da personalidade jurídica, ocasionam decisões judiciais mais justas.

Dessa maneira, a Lei da Liberdade Econômica visa a uma maior proteção à atividade empresarial, preservando a independência entre patrimônio individual e societário, garantindo, desse modo, que o patrimônio pessoal dos sócios não será afetado pelas obrigações da sociedade, salvo na hipótese de demonstração de culpa dos sócios que se beneficiaram com a má utilização da pessoa jurídica.

Por fim, a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica nos casos de desvio de finalidade ou confusão patrimonial implica no "levantamento do véu" da pessoa jurídica para que se possa atingir o patrimônio pessoal do sócio que age de forma fraudulenta e que se esconde dentro da pessoa jurídica para fins ilícitos ou abusivos.

Portanto, conclui-se que a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto válido e de grande valor no campo

prático, transcendendo, assim, uma vasta linha de pesquisa no âmbito do Direito Civil, devendo ser utilizada com sabedoria, técnica jurídica e cautela, em razão de ser uma medida excepcional.

Pode-se enfatizar que o instituto é um importante instrumento para coibir os empreendedores e administradores que se valem da beneficiação da limitação da responsabilidade empresarial para agir de modo fraudulento, cabendo a estes serem responsabilizados por atuar fora de suas obrigações legais e contratuais, fazendo com que o instituto da desconsideração seja aplicado apenas nos casos em que for comprovado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial, contudo, sem o atingimento dos sócios que não se beneficiaram da má utilização da pessoa jurídica. Dessa maneira, respeita-se a unidade do patrimônio em virtude da personalidade.

Referências

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: Volume Único. 13. ed. – Rio de Janeiro, Edição 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559646999/epubcfi/6/20[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml10]!/4/2/1778/3:385[nde%2C%20do]> Acesso em: 17 de maio de 2023.

DALLEMOLE, Deborah Soares; FLEISCHMANN, **Simone Tassinari Cardoso. Desconsideração da personalidade jurídica em sociedades limitadas após a lei da liberdade econômica**. RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, n. 37, jun. 2020, P. 0116/0141, jun./2020.

TJ-SP - AI: 20400410920228260000 SP 2040041-09.2022.8.26.0000, Relator: Lavínio Donizetti Paschoalão, Data de Julgamento: 13/05/2022, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/05/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1500669042> Acesso em: 09 de outubro de 2023.

TJ-SP - AI: 22866382320208260000 - SP 2286638-23.2020.8.26.0000, Relator: Claudio Hamilton, Data de Julgamento: 18/03/2021, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/03/2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com. br/jurisprudencia/tj-sp/1185063247> Acesso em: 20 de maio de 2023.

STJ - AgInt no AREsp: 491300 ES 2014/0064350-6, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 11/11/2019, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/11/2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/859878217> Acesso em: 22 de maio de 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil** - Teoria Geral. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

TJ-MG - AI: 200965845202181 30000, Relator: Des.(a) Domingos Coelho, Data de Julgamento: 21/ 02/2022, 12ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 22/02/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/1684319068> Acesso em: 23 de maio de 2023.

Parte 2

Jurisprudência

Superior Tribunal de Justiça

Compra e venda com financiamento imobiliário. Vícios construtivos. Ausência de responsabilidade do credor fiduciário. [1]

EMENTA OFICIAL

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONFIGURAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. DESCABIDO. NATUREZA JURÍDICA DA RELAÇÃO CONTROVERTIDA. DIREITO MATERIAL DO CREDOR FIDUCIÁRIO NÃO ATINGIDO.

1. Recurso especial interposto em: 08/06/2020. Concluso ao gabinete em: 23/03/2022.

2. Ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel.

3. O propósito recursal consiste em perquirir se o credor fiduciário deve figurar como litisconsorte necessário em hipótese na qual a ação judicial visa à rescisão do contrato de compra e venda de imóvel que foi adquirido por alienação fiduciária.

4. Encontrando-se o entendimento do Tribunal de origem em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, por terem sido fixados os honorários dentro do percentual estabelecido por lei, inexiste violação ao art. 85, §2º, do CPC.

5. Prevê o art. 114, do CPC/15, que o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

6. O direito material é o que determina a existência ou não de litisconsórcio, facultando ou exigindo a sua formação.

7. A alienação fiduciária é garantia que outorga ao credor fiduciário a propriedade resolúvel da coisa dada em garantia, ao passo que o devedor fiduciante detém apenas a sua posse direta.

8. Quando a decisão judicial não afeta o direito material do credor fiduciário, de forma a saber, a propriedade do bem, não há razão que fundamente a formação de litisconsórcio necessário, importando que o credor fiduciário não seja em nenhuma hipótese prejudicado.

---

[1] Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2202753&num_registro=202002348330&data=20220818&formato=PDF>.

9. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Dr. SIDNEY FILHO NUNES ROCHA, pela Recorrida BRUNA BARBIERI WAQUIM.

Brasília (DF), 16 de agosto de 2022(Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI Relatora.

REsp nº 1.992.178.

DJe 18.08.2022.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

Trata-se de recurso especial interposto por OAXACA INCORPORADORA LTDA com fundamento na alínea "a", do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

Recurso especial interposto em: 08/06/2020.

Concluso ao gabinete em: 23/03/2022.

Ação: de rescisão de contrato de compra e venda do imóvel ajuizada por BRUNA BARBIERI WAQUIM em face de OAXACA INCORPORADORA LTDA.

Sentença: julgou parcialmente procedente o pedido.

Acórdão: negou provimento à apelação interposta pela recorrente e deu provimento à apelação interposta pela recorrida, nos termos assim ementados:

> "PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOSMATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIONECESSÁRIO REJEITADA. RESTITUIÇÃO INTEGRAL DOS VALORES PAGOS. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃOINTEGRAL. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. DANO MATERIAL COMPROVADO. DANO MORALCONFIGURADO. QUANTUM PROPORCIONAL. MAJORA-ÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRIMEIRAAPELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. SEGUNDA APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.
>
> I. Colhe-se dos autos que a primeira Apelada, Bruna Barbieri Waquim, adquiriu apartamento no Empreendimento Imobiliário Jardins, subcondomínio Jardim de Provence, Torre Ce-

rejeira, Unidade 603, por meio do contrato de promessa de compra e venda de unidade autônoma condominial com previsão de entrega para agosto de 2013, que, somados ao prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, deveria ser entregue até março de 2014. Contudo, só recebeu o imóvel em junho de 2014 e após receber o bem, se deparou com inúmeros e infindáveis vícios construtivos, a exemplo de vazamentos hidráulicos e do sistema de canalização de gás de cozinha, falta de qualidade da água potável oferecida, vício nas colunas de sustentação das torres, entre outros. Tais irregularidades importaram em comprometimento da segurança e habitabilidade do prédio, tanto assim que os órgãos públicos competentes cassaram o certificado de aprovação da obra e procederam à interdição da edificação, bem como a cassação do habite-se pela Prefeitura, tendo os moradores que evacuar o imóvel.

II. Não vislumbro o litisconsórcio necessário com o Banco do Brasil S/A, isso porque a matéria discutida em nada tem relação com o contrato de financiamento imobiliário, não subsistindo nenhuma responsabilidade àquela instituição. Ademais, a procedência do pedido foi apenas no sentido de proceder a quitação do valor do imóvel junto ao Banco do Brasil S/A, nada tendo a ver com a obrigação do Banco em devolver à Apelante o imóvel, como tenta fazer crer em suas razões.

III. Dessa feita, ante a inegável situação fática vivida pela primeira Apelada, plenamente cabível a rescisão do contrato de compra e venda com a devolução integral dos valores pagos. O Colendo STJ já sumulou entendimento acerca do tema, vejamos: Súmula 543 do STJ: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

IV. Nesse contexto de reparação integral e retorno ao status quo ante cabível também a reparação material no sentido de arcar com as despesas mensais de aluguel e ginástica até a efetiva rescisão contratual; com os valores dispendiosa título tributário, cartorário e despesas administrativas para aquisição do bem, bem como ao valor gasto com mobília.

V. Tendo em vista a condição social da Apelada, o potencial econômico das Apelantes, a gravidade do fato, o caráter punitivo pedagógico da reparação e os parâmetros adotados por este Tribunal de Justiça em casos semelhantes, entendo razoável o valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) determinado pelo juízo de base.

VI. No tocante aos honorários advocatícios entendo que o

> percentual deve ser majorado ao patamar de 20%, considerando o grau de zelo do profissional, a natureza e a importância da causa, bem como o trabalho realizado pelo advogado, nos termos do artigo 85, §2º do Código de Processo Civil. VII. Primeira apelação conhecida e não provida. Segunda apelação conhecida e parcialmente provida.

Embargos de declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: suscita violação ao art. 114, do CPC; aos arts. 22 e 26, da Lei 9.514/97; aos arts. 885 e 475, do Código Civil; e ao art. 85, §2,º do CPC.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relatora):

O propósito recursal consiste em perquirir se o credor fiduciário deve figurar como litisconsorte necessário em hipótese na qual a ação judicial visa a rescisão do contrato de compra e venda de imóvel que foi adquirido por alienação fiduciária.

I.DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

1. A Segunda Seção deste STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.746.072/PR, em 13/02/2019, uniformizou o entendimento desta Corte acerca da fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais na vigência do CPC/2015 (REsp 1746072/PR, Segunda Seção, DJe 29/03/2019).

2. Desse modo, constata-se que a regra geral a ser aplicada aos honorários advocatícios é a prevista no § 2º, do art. 85, do CPC/15, que estabelece uma ordem de preferência para o arbitramento: (i) primeiro, quando houver condenação, devem ser fixados entre 10% e 20% sobre o montante desta (art. 85, § 2º); (ii) segundo, não havendo condenação, serão também fixados entre 10% e 20%, das seguintes bases de cálculo: (ii.a) sobre o proveito econômico obtido pelo vencedor (art. 85, § 2º); ou (ii.b) não sendo possível mensurar o proveito econômico obtido, sobre o valor atualizado da causa (art. 85, § 2º).

3. Na presente hipótese, alega a recorrente violação do art. 85, §2º, do CPC por terem sido fixados os honorários advocatícios em 20% sobre a condenação, sob a alegação de que "não há motivos que corroborem a fixação dos honorários advocatícios no patamar máximo previsto no artigo 85, CPC", suscitando que devem ser observados os princípios de proporcionalidade, equidade e razoabilidade.

4. Ocorre que, encontrando-se o entendimento do Tribunal de origem em consonância com a jurisprudência desta Corte, por terem sido fixados os

honorários dentro do percentual estabelecido por lei, inexiste violação ao art. 85, §2º, do CPC.

II.DA FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS COMO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

5. Alterar o decidido no acórdão impugnado, no que se refere à conclusão acerca da presença dos elementos necessários à caracterização do ilícito indenizável, da responsabilidade da recorrente e da razoabilidade do valor fixado à título de compensação por danos morais, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ.

6. Ademais, quanto ao valor arbitrado a título de compensação por danos morais, a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a sua modificação somente é permitida quando a quantia estipulada for irrisória ou exagerada, o que não está caracterizado neste processo. Precedentes: AgInt no AREsp 1.951.979/RS, Terceira Turma, julgado em 16/5/2022, DJe de 19/5/2022; AgInt no AREsp 1623846/PB, 4ª Turma, DJe de 05/08/2020; AgInt no AREsp 1529503/MS, 4ª Turma, DJe de 06/12/2019; REsp 1.668.302/RS, 3ª Turma, DJe de 22/06/2017; AgInt no AREsp 1.036.187/PE, 4ª Turma, DJe de 01/08/2017; AgInt no AREsp 962.044/DF, 3ª Turma, DJe de 30/11/2016.

7. Assim, não resta comprovada a alegada violação ao art. 885, do Código Civil.

III.DO CREDOR FIDUCIÁRIO COMO LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO

8. Nas situações em que as relações jurídicas de ordem material possuam uma pluralidade de titulares ou nas quais a decisão judicial houver de influir em relações jurídicas que terceiros têm com uma das partes (art. 124 do CPC/15), esses sujeitos podem participar em conjunto da lide, compondo algum dos polos da relação jurídica de direito processual, na condição de litisconsortes.

9. Entende-se que litisconsórcio pode decorrer de qualquer das seguintes três origens: a) da propositura da ação, no polo ativo; b) da citação, na condição de réus ou executados, no polo passivo; ou c) da intervenção de forma voluntária em uma relação processual inicialmente constituída entre outros sujeitos, em qualquer dos polos da ação. (REsp 1.739.718/SC, Terceira Turma, julgado em 1/12/2020, DJe de 4/12/2020)

10. Nestas circunstâncias, conforme prevê o art. 114, do CPC/15, o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.

11. Em que pese esta determinação legal, imperioso ressaltar que o interesse de titulares de direitos e obrigações relacionadas a questões debatidas no processo, não configura, por si só, a formação de litisconsórcio necessário.

12. A legitimidade para figurar como litisconsorte dependerá da dimensão objetiva da demanda proposta, devendo-se ter em conta a harmonia dos julgados, a segurança jurídica e a economia processual (REsp 1.222.822/PR, Terceira Turma, julgado em 23/9/2014, DJe de 30/9/2014).

13. O litisconsórcio necessário decorre, portanto, da verificação da eficácia e da utilidade da sentença de mérito a ser proferida no processo, de modo que, ao demandar a presença de todos os titulares da relação jurídica de direito material no processo, busca-se evitar decisões conflitantes quanto a diferentes sujeitos em diferentes processos, bem como otimizar o processo em respeito ao princípio da celeridade processual, no intuito de que a decisão jurisdicional possa produzir efeitos concretos.

14. Assim, o litisconsórcio é firmado a fim de garantir um tratamento unitário para que a atividade jurisdicional não conduza por caminhos diferentes aqueles que devem obter a mesma resposta.

15. Sobre o tema, leciona Cândido Dinamarco:

> A economia processual observa a conveniência de evitar a multiplicação de processos e a repetição de instruções em torno do mesmo contexto de fato. Assim, a harmonia entre os julgados representa a conveniência de evitar o conflito entre decisões judiciários, risco que, ao menos em tese acompanha a pronúncia duas delas ou mais, em processos separados, sobre pretensões que assentam no mesmo fundamento ou em fundamentos análogos. É para evitar a dispersão de gastos e atividades (economia) e para que não se profiram julgados (ao menos teoricamente) conflitantes) sobre as mesmas questões que as legislações em geral são levadas a admitir o litisconsórcio e, em certos casos exigi-lo. (DINA-MARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 110)

16. Ao dispender maior atenção ao conceito de "natureza da relação jurídica controvertida", esculpido no art. 114, do CPC, depreende-se que, se no mesmo polo do processo existe uma pluralidade de partes ligada por uma afinidade de interesses, é o direito material o elo que determina a existência ou não de litisconsórcio, facultando ou exigindo a sua formação. (MITIDIERO in: Código de processo civil: comentado artigo por artigo. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, págs. 131/132)

17. No mesmo sentido, tem entendido esta Corte Superior

que o litisconsórcio necessário, à exceção das hipóteses de imposição legal, encontra sua razão de ser na natureza da relação jurídica de direito material, pois haverá indispensabilidade da presença de todos os litisconsortes em um dos polos da ação, porquanto os efeitos da decisão de mérito atingirão todos os titulares do direito material em questão. (REsp n. 650.373/SP, Quarta Turma, DJe de 25/4/2012; AgInt no REsp n. 1.593.819/SP, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 8/11/2016; AgInt no AREsp n. 1.535.224/GO, Quarta Turma, julgado em 30/3/2020, DJe de 1/4/2020; REsp n. 1.658.568/RJ, Terceira Turma, DJe de 18/10/2018.)

18. Feita a explanação sobre litisconsórcio necessário, cabe relembrar que a alienação fiduciária é garantia que outorga ao credor fiduciário a propriedade resolúvel da coisa, ao passo que o devedor fiduciante detém apenas a sua posse direta.

19. Tendo em vista a Lei 9.514/97, chega-se à conclusão de que o legislador procurou proteger os interesses do credor fiduciário, que tem a propriedade resolúvel como mero direito real de garantia voltado à satisfação de um crédito. (REsp n. 1.731.735/SP, Terceira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe de 22/11/2018)

20. Neste sentido, restando intocada a garantia, isto é, a propriedade sobre o imóvel, até que se garanta a satisfação do crédito, inexiste violação a direito material do credor fiduciário.

21. Determinar a participação do credor fiduciário como litisconsorte necessário, fundamentando-se na natureza jurídica da relação contratual, parece, portanto, descabido. Isso, pois, se o arbitramento jurisdicional decide obrigar terceiro a figurar como devedor fiduciante, este terceiro não irá adquirir a propriedade plena do imóvel, mas apenas sub-rogar-se-á na posição jurídica de titular de direito expectativo real de aquisição do devedor fiduciante, ao que o credor fiduciário, por sua vez, manterá sua garantia. (REsp n. 1.731.735/SP, Terceira Turma, julgado em 13/11/2018, DJe de 22/11/2018)

22. Assim, nas hipóteses em que a decisão judicial não afeta o direito material do credor fiduciário, isto é, o direito de propriedade sobre o bem objeto da alienação fiduciária, não há razão para que se estabeleça o litisconsórcio necessário.

23. Nesta linha de intelecção, esta Corte Superior já decidiu que "na condição de coproprietário, o recorrente sofrerá os efeitos da sentença, o que não é suficiente para caracterizar o litisconsórcio necessário, até porque o direito de propriedade permanecerá

intocado (...) Trata-se do que a doutrina denomina de efeito reflexo da sentença, o que, a depender da intensidade, justifica o ingresso de terceiro no processo, mas não a obrigatoriedade do litisconsórcio". (REsp n. 1.721.472/DF, Terceira Turma, DJe de 25/6/2021.)

24. Outrossim, repisando as distinções entre os direitos de possuidor e proprietário, esta Corte, em lide na qual pleiteava-se a reintegração possessória, configurou o litisconsórcio necessário dos possuidores do imóvel, sob a justificativa de que a fim de a sentença proferida na ação de rescisão contratual cumulada com reintegratória de posse pudesse produzir todos os seus efeitos, os cessionários do imóvel objeto do litígio, ora possuidores, deveriam ter integrado o processo na condição de litisconsortes necessários. (REsp n. 1.954.423/SP, Terceira Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 17/3/2022)

25. Desta maneira, se a discussão processual não alcança o direito de propriedade do credor fiduciário, este não merecerá figurar como litiscon-sorte necessário.

26. Ademais, imperioso ressaltar que os arts. 674a, do CPC, disciplinam o remédio processual outorgado aos terceiros para livrar as coisas do seu patrimônio objeto de constrição judicial, denominado embargos de terceiro. Há, portanto, instrumento processual cabível para eventual irresignação.

27. Diante do exposto, portanto, não se pode falar em violação aos arts. 22 e 26, da Lei 9.514/97, tampouco do art. 475, do Código Civil, uma vez que o entendimento firmado no acórdão recorrido não fere a legislação concernente à alienação fiduciária.

IV.DA HIPÓTESE DOS AUTOS

28. No Tribunal de origem, foi deferida a pretensão da recorrida de resolver negócio jurídico de compra e venda de imóvel adquirido por meio de alienação fiduciária em garantia, ao que foi determinado ao recorrente (i) devolver integralmente todas as parcelas pagas pelo comprador do imóvel, ora recorrido; (ii) pagar as parcelas restantes do contrato de alienação fiduciário ao credor fiduciante; e (iii) indenizar o recorrente à título de danos morais.

29. Neste sentido, depreende-se que, na hipótese, os efeitos da decisão judicial não violam o direito material do credor fiduciante. A propriedade da coisa continua pertencendo ao credor fiduciante até que esteja quitado o contrato de alienação fiduciária, obrigação esta que passa a caber ao recorrente e não mais ao recorrido.

30. Por esta razão, bem entendeu o Tribunal de Origem ao negar a configuração de litisconsórcio necessário, nos termos que seguem:

> " Não vislumbro o litisconsórcio necessário com o Banco do Brasil S/A, isso porque a matéria discutida em nada tem relação com o contrato de financiamento imobiliário, não subsistindo nenhuma responsabilidade àquela instituição. Ademais, a procedência do pedido foi apenas no sentido de proceder a quitação do valor do imóvel junto ao Banco do Brasil S/A, nada tendo a ver com a obrigação do Banco em devolver à Apelante o imóvel, como tenta fazer crer em suas razões. (...)"
> Não vislumbro o litisconsórcio necessário com o Banco do Brasil S/A, isso porque a matéria discutida em nada tem relação com o contrato de financiamento imobiliário, não subsistindo nenhuma responsabilidade àquela instituição. Ademais, a procedência do pedido foi apenas no sentido de proceder a quitação do valor do imóvel junto ao Banco do Brasil S/A, nada tendo a ver com a obrigação do Banco em devolver à Apelante o imóvel". (e-STJ fl. 1.236, 1.254).

31. Diante do exposto, verifica-se que o objeto da lide, na hipótese, não alcançou o direito material do credor fiduciário. Por conseguinte, inexiste fundamento para a formação de litisconsórcio necessário, importando que o credor fiduciário não seja em nenhuma hipótese prejudicado.

DISPOSITIVO

Forte nessas razões, NEGO PROVIMENTO ao recurso especial.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, deixo de majorar os honorários advocatícios devidos ao procurador da parte recorrente porquanto já atingido o limite máximo previsto no art. 85, § 2º, do CPC/2015.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. SIDNEY FILHO NUNES ROCHA, pela Recorrida BRUNA BARBIERI WAQUIM.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva (Presidente), Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Superior Tribunal de Justiça

Bem de família. (Im)penhorabilidade. Alienação fiduciária e hipoteca. Distinções. Validade. [1]

EMENTA OFICIAL

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA - BEM DE FAMÍLIA ALIENADO FIDUCIARIAMENTE - IMPENHORABILIDADE QUE NÃO SUBSISTE - ALEGAÇÃO DE DISSÍDIO JURIS-PRUDENCIAL - ALIENAÇÃO FI-DUCIÁRIA EM GARANTIA -HIPOTECA - CIRCUNSTÂNCIAS FÁTI-CAS E JURÍDICAS DISTINTAS -AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS -EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDOS.

1. Cinge-se a controvérsia subjacente a alegado dissenso jurisprudencial quanto à (im)penhorabilidade de bem de família em hipótese na qual o imóvel, que pertence e serve de residência aos únicos sócios de pessoa jurídica, foi oferecido - e aceito pela casa bancária - como garantia real (alienação fiduciária)

2. Em homenagem à coerência das deliberações do STJ (art. 926, do CPC/15), impõe-se adotar a nova orientação majoritária desta eg. Segunda Seção que, em recente julgamento - e cuja hipótese é absolutamente similar ao caso dos autos - não conheceu dos ERESp 1.559.370/DF e EREsp 1.559.348/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro (Dje de 05/06/2023), por inexistência de similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados.

3. Embargos de divergência não conhecidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Marco Buzzi retificando seu voto para acompanhar a divergência aberta pelo Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, e o voto divergente do Sr. Ministro Raul Araújo, por maioria, não conhecer dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro

[1] Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=195641731&registro_numero=201902252457&peticao_numero=&publicacao_data=20230703&formato=PDF>.

Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Villas Bôas Cueva votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencido o Sr. Ministro Raul Araújo.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 14 de junho de 2023 (Data do Julgamento)

MINISTRO **MARCO BUZZI** Relator.

EAREsp nº 1.555.368.

DJe 03.07.2023.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (RELATOR):

Cuida-se de embargos de divergência manejados por **LINALDO TUNES PEREIRA e OUTRO** contra acórdão proferido pela eg. Terceira Turma, da relatoria do e. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, assim ementado:

> AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. BEM DE FAMÍLIA ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. IMPENHORABILIDADE QUE NÃO SUBSISTE. PREVALÊNCIA DA BOA-FÉ. VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS INCONTROVERSAS. QUESTÃO CENTRAL DO RECURSO ESPECIAL EMINENTEMENTE JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO REFORMADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
>
> 1. Concernente à impenhorabilidade do bem de família, esta Corte Superior já afastou tal garantia no caso em que o devedor fiduciante alienou fiduciariamente o bem de família, o qual sabidamente era de residência familiar, por caracterizar comportamento contraditório. Precedente.
>
> 2. Outrossim, em sentido semelhante, em que o bem de família foi ofereci
> do como garantia hipotecária, a Segunda Seção deste Tribunal Superior consignou ser penhorável tal imóvel, "quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores aufe-ridos" (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 25/4/2018, DJe 7/6/2018).
>
> 3. Na hipótese em apreço, o TJMT, modificando a sentença de improcedência, julgou em sentido contrário, ao reconhecer a impenhorabilidade do imóvel ofertado como garantia fiduciária de contrato de mútuo bancário em benefício de pessoa jurídica, mesmo sendo os titulares do bem os únicos sócios da sociedade empresária devedora, razão pela qual foi

> reformado o acórdão recorrido e restabelecida a sentença.
> 4. Por fim, enfatiza-se que as circunstâncias fáticas utilizadas como parâmetro para acolher o pleito recursal são incontroversas, sendo eminentemente jurídica a questão em debate, o que rechaça possível incidência da Súmula 7/STJ à espécie, ao revés do que sustentam os agravantes.
> 5. Agravo interno desprovido.

Em resumo, Linaldo Tunes Pereira e Gilvanete Rodrigues Bonfim Pereira ajuizaram, em desfavor da casa bancária, ação ordinária na qual pleitearam a declaração de impenhorabilidade de bem de família. Disseram, em linhas gerais, que *"(...) o bem imóvel no qual residem foi dado em garantia real em contrato firmado pela pessoa jurídica L. T. Pereira & Cia Ltda. -EPP com o banco requerido e, em razão do inadimplemento da obrigação, o credor promoveu procedimento extrajudicial de consolidação de propriedade, em que pese o imóvel seja bem de família."* (fls. 9/27)

O r. juízo *a quo* julgou **improcedente** o pedido (fls. 171/176), deliberação **reformada em sede de apelação** porquanto, para o eg. Tribunal de origem (TJ/MT), o benefício advindo do empréstimo não alcançou a entidade familiar. (fls. 260/269)

Opostos embargos de declaração (fls. 271/274), esses foram rejeitados às fls. 287/295.

Daí a interposição de apelo nobre, no qual a instituição financeira alegou violação aos artigos 141, 492 e 1.022, II, do Código de Processo Civil/15; 1º e 3º, V, da Lei nº 8.009/1990; 22 da Lei nº 9.514/1997; e 113 do Código Civil.

Argumentou, em síntese: **i)** negativa de prestação jurisdicional porque não foi examinada a questão relativa à oferta voluntária do bem imóvel dado em garantia da dívida pactuada entre as partes; **ii)** julgamento *extra petita* porquanto o eg. Tribunal de origem, ao reconhecer a impenhorabilidade do bem imóvel, declarou, por conseguinte, a nulidade do contrato de alienação fiduciária; **iii)** o bem imóvel foi oferecido pelo casal a fim de garantir o contrato de empréstimo, contraído em benefício de pessoa jurídica da qual eles são os únicos sócios, ensejando-se, por conseguinte, a penhorabilidade do imóvel objeto da controvérsia. (fls. 416/427)

Contrarrazões foram juntadas às fls. 348/363.

Inadmitido na origem, os autos ascenderam ao STJ por força de agravo em recurso especial. (fls. 416/427)

O e. relator originário, Min. **Marco Aurélio Bellizze**, em decisão **unipessoal**, após afastar a alegação de negativa de prestação jurisdicional, conferiu provimento ao recurso especial "r*estaurando-se inte-*

gralmente a sentença de improcedência" tendo Sua Excelência indicado que *"(...) a Segunda Seção deste Tribunal Superior consignou ser penhorável tal imóvel, "quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 25/4/2018, DJe 7/6/2018)."* (fls. 475/478)

Opostos embargos de declaração (fls. 480/491), esses foram rejeitados às fls. 501/503.

Interposto agravo interno (fls. 506/517), a eg. Terceira Turma, por unanimidade de votos, negou-lhe provimento nos termos da ementa supracitada.

Fundamentando-se em precedente da eg. Quarta Turma (REsp 1.332.087/SC, Rel. Min. **Antonio Carlos Ferreira**, DJe de 24/04/2017), os embargantes apontam divergência jurisprudencial e, na oportunidade, sustentam a tese segundo a qual a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido como garantia de empréstimo, somente fica afastada quando os benefícios financeiros advindos da operação financeira for revertida em proveito da entidade familiar.

Alegam, portanto, que o benefício decorrente do empréstimo não alcançou a família e, por conseguinte, é inviável a manutenção da constrição ora em voga.

Na mesma linha, apontam a solução adotada no AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 429.435/RS, Rel. Min. **RAUL ARAÚJO**, QUARTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe de 1º/9/2014.

Pedem o acolhimento do apelo recursal e a reforma do acórdão embargado.

Intimada, a instituição financeira apresentou impugnação (fls. 602/615, e-STJ). Ouvido, o *parquet* federal opinou pelo conhecimento dos embargos de divergência e, no mérito, o seu provimento.

Na sessão de 25/05/2022, este signatário proferiu voto no sentido de conhecer e dar provimento ao apelo recursal, o e. Min. Marco Aurélio Bellizze abriu divergência no sentido do não conhecimento dos embargos de divergência. Após, pediu vista dos autos o e. Min. Moura Ribeiro.

Em 10/08/2022, o e. Moura Ribeiro, por fundamento diverso, acompanhou a divergência, a fim de não conhecer da insurgência, tendo este signatário pediu vista regimental para melhor exame.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (RELATOR):

Eminentes pares,

Formulou-se pedido de vista (regimental) em virtude da divergência inaugurada pelos e. Ministros **Marco Aurélio Bellizze** e **Moura Ribeiro**, que não conhecem dos presentes embargos, respectivamente, por aventada ausência de ataque específico e integral, no recurso, aos fundamentos do acórdão embargado e por suposta falta de similitude fática entre os julgados confrontados.

Para **recapitular**, cinge-se a controvérsia subjacente a alegado **dissenso jurisprudencial** quanto à **(im)penhorabilidade de bem de família** em hipótese na qual o imóvel, que pertence e serve de residência aos únicos sócios de pessoa jurídica, foi oferecido -e aceito pela casa bancária - como garantia real (alienação fiduciária) **sem que tenha decorrido, dessa operação, qualquer benefício à respectiva entidade familiar.**

Este **signatário** votou por dar provimento aos embargos de divergência a fim de reformar o acórdão impugnado e, por consequência, negar provimento ao agravo em recurso especial interposto por Banco Bradesco S/A, aplicando jurisprudência da Casa segundo a qual, na hipótese acima delimitada, em que asseverada a ausência de proveito econômico pela entidade familiar configurar-se-ia impenhorável o bem de família objeto da presente controvérsia.

Contudo, diante dos fundamentos da divergência -os quais não conhecem do apelo recursal ora em liça por ausência de demonstração do alegado dissídio jurisprudencial -e sobretudo em homenagem à coerência das deliberações do STJ (art. 926, do CPC/15), impõe-se **adotar** a nova orientação majoritária desta eg. Segunda Seção que, em **recentíssimo** julgamento - e cuja hipótese é absolutamente similar ao caso dos autos - **não conheceu dos ERESp 1.559.370/DF e EREsp 1.559.348/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro** (Dje de 05/06/2023), por inexistência de similitude fática e jurídica, mantendo-se, por conseguinte, a deliberação da eg. Quarta Turma que, por maioria, afastou a alegação de impenhorabilidade de bem de família imóvel objeto de garantia de alienação fiduciária.

Em referidos julgados (EREsp 1.559.370/DF e EREsp 1.559.348/DF), este colegiado entendeu que a divergência viabilizadora dos embargos **não se** revela configurada quando os acórdãos indicados como paradigmas tratam da aplicação da **garantia hipotecária e o eventual acórdão impugnado** cuida de matéria

atinente à aplicação do instituto da **alienação fiduciária,** sendo impositivo, portanto, nesses casos, a rejeição dos embargos de divergência.

Com efeito -ressalvado entendimento pessoal deste signatário acerca da temática em debate - à luz destes supracitados julgamentos, não há se falar em similitude fática e jurídica porque os acórdãos paradigmas traduzem compreensão jurídica acerca da incidência, ou não, da proteção de bem de família quando há pactuação de garantia hipotecária, circunstância que se diferencia dos efeitos da alienação fiduciária em garantia.

A propósito, confira-se a ementa do recente EREsp 1.559.348/DF:

> PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. TRANSMISSÃO CONDICIONAL DA PROPRIEDADE. BEM DE FAMÍLIA DADO EM GARANTIA. VALIDADE DA GARANTIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA E JURÍDICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. ACÓRDÃO EMBARGADO NO MESMO SENTIDO DA JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO STJ. SÚMULA Nº 168 DO STJ. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS.
>
> 1. A controvérsia envolvendo o presente caso diz respeito a suposto dissenso jurisprudencial sobre a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que ocorrer a alienação fiduciária de imóvel em operação de empréstimo bancário.
>
> 2. O bem de família legal, previsto na Lei nº 8.009/90, não gera inalienabilidade, possibilitando a sua disposição pelo proprietário, inclusive no âmbito de alienação fiduciária, em que a propriedade resolúvel do imóvel é transferida ao credor do empréstimo como garantia do adimplemento da obrigação principal assumida pelo devedor.
>
> 3. A divergência viabilizadora dos embargos não ficou configurada, em razão da ausência de similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados, uma vez que os acórdãos paradigmas trataram da garantia hipotecária, matéria distinta da hipótese sob análise, que diz respeito ao instituto da alienação fiduciária.
>
> 4. Os embargos de divergência visam harmonizar precedentes conflitantes proferidos em Turmas distintas do STJ, pressupondo a comprovação de dissídio pretoriano atual (art. 266 do RISTJ).
>
> 5. Na hipótese dos autos não se encontra presente a finalidade de uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional, uma vez que a matéria já se encontra pacificada pela Segunda Seção do STJ, no sentido de que (a) a proteção conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não importa em sua inalienabilidade, revelando-se possível a disposição do imóvel pelo proprietário, inclusive no âmbito de alienação fiduciária; e (b) a uti-

> lização abusiva de tal direito, com evidente violação do princípio da boa-fé objetiva, não deve ser tolerada, afastando-se o benefício conferido ao titular que exerce o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico (AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.560.562/SC, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, REPDJe de 30/6/2020, DJe de 9/6/2020).
> 6. Incidência da Súmula nº 168 do STJ: Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.
> 7. Embargos de divergência não conhecidos. (grifos nossos)

Como visto, a conclusão adotada, por maioria, vencidos este signatário e o e. Min. Raul Araújo, caminhou no sentido de que, nas hipóteses nas quais os acórdãos paradigmas indicados tratam de **garantia hipotecária** tema, portanto, distinto em relação à garantia de **alienação fiduciária,** configura-se impositivo, nesses casos, por ausência de similitude fática e jurídica, a rejeição dos embargos de divergência.

No caso dos autos, os **acórdãos paradigmas** colacionados pelos ora insurgentes (*ut.* REsp 1.332.087/SC, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe de 24/04/2017 e AgRg nos Edcl no AREsp 429.435/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Dje de 1º/09/2014) trataram da **garantia hipotecária**, matéria distinta da hipótese sob análise, que diz respeito ao instituto da **alienação fiduciária,** não se identificando, portanto, a similitude necessária ao manejo dos embargos de divergência.

Em homenagem à necessária uniformidade de entendimentos exarados por este eg. Órgão colegiado, de rigor, portanto, a rejeição do apelo recursal em liça.

2. Do exposto, adotando a compreensão exarada nos EREsp 1.559.348/DF e EREsp 1.559.370/DF (Dje de 05/06/2023), ambos de Relatoria do e. Min. Moura Ribeiro, **não conheço dos presentes embargos de divergência.**

É o voto.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.555.368-MT (2019/0225245-7)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de embargos de divergência opostos por Linaldo Tunes Pereira e Gilvanete Rodrigues Bonfim Pereira ao acórdão da Terceira Turma do STJ, assim ementado (e-STJ, fl. 532):

> AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. BEM DE FAMÍLIA ALIENADO FIDUCIARIAMENTE. IMPE-

NHORABILIDADE QUE NÃO SUBSISTE. PREVALÊNCIA DA BOA-FÉ. VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS INCONTROVERSAS. QUESTÃO CENTRAL DO RECURSO ESPECIAL EMINENTEMENTE JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO REFORMADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Concernente à impenhorabilidade do bem de família, esta Corte Superior já afastou tal garantia no caso em que o devedor fiduciante alienou fiduciariamente o bem de família, o qual sabidamente era de residência familiar, por caracterizar comportamento contraditório. Precedente.

2. Outrossim, em sentido semelhante, em que o bem de família foi oferecido como garantia hipotecária, a Segunda Seção deste Tribunal Superior consignou ser penhorável tal imóvel, "quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos" (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 25/4/2018, DJe 7/6/2018).

3. Na hipótese em apreço, o TJMT, modificando a sentença de improcedência, julgou em sentido contrário, ao reconhecer a impenhorabilidade do imóvel ofertado como garantia fiduciária de contrato de mútuo bancário em benefício de pessoa jurídica, mesmo sendo os titulares do bem os únicos sócios da sociedade empresária devedora, razão pela qual foi reformado o acórdão recorrido e restabelecida a sentença.

4. Por fim, enfatiza-se que as circunstâncias fáticas utilizadas como parâmetro para acolher o pleito recursal são incontroversas, sendo eminentemente jurídica a questão em debate, o que rechaça possível incidência da Súmula 7/STJ à espécie, ao revés do que sustentam os agravantes.

5. Agravo interno desprovido.

Em 25/5/2022, o relator Ministro Marco Buzzi trouxe o mencionado recurso para julgamento por esta Segunda Seção, ocasião em que Sua Excelência votou pelo conhecimento e provimento dos embargos, a fim de – reconhecendo a existência de divergência, bem como a contrariedade do que ficou decidido no aresto embargado com o entendimento desta Segunda Seção delineado nos EAREsp n. 848.498/PR – negar provimento ao agravo em recurso especial interposto por Banco Bradesco S.A.

Colocada em debate a matéria pelo Colegiado, votei, oralmente, pelo não conhecimento dos embargos, cujos fundamentos trago melhor delineados no presente voto.

É salutar esclarecer que o acórdão embargado da Terceira Turma (cuja ementa foi transcrita inicialmente) se alicerça em dois fundamentos autônomos e suficientes, por si sós, a manter o afastamento da impenhorabilidade do bem de família – dado em garantia de alienação fiduciária em Cédula de Crédito Bancário emitida em favor do embargado Banco Bradesco S.A. –, quais sejam:

i) a alienação fiduciária em garantia ofertada voluntariamente pelos proprietários do imóvel, que sabidamente ostenta a natureza de bem de família, caracteriza vedado comportamento contraditório, malferindo, assim, a cláusula geral da boa-fé objetiva, conforme decidido pela Terceira Turma no REsp n. 1.560.562/SC; e

ii) presunção, em favor do credor fiduciário, de que se reverteram à família – proprietária do imóvel dado em garantia de alienação fiduciária – os valores provenientes de dívida contraída por empresa da qual os embargantes e garantidores são os únicos sócios, conforme já decidido em situação semelhante por esta Segunda Seção nos EAREsp n. 848.498/PR.

Todavia, das razões dos embargos de divergência *sub judice*, verifica-se que o primeiro fundamento – atinente à boa-fé objetiva – não foi impugnado, devida e suficientemente, descurando-se os embargantes de apontar qualquer julgado deste Tribunal Superior porventura divergente nesse ponto, a ensejar a inadmissão do recurso, pedindo vênia ao relator Ministro Marco Buzzi, que dele conheceu.

Como se vê do acórdão da Quarta Turma apontado como paradigma (Agint no AREsp n. 1.332.087/SC), a referida matéria – boa-fé objetiva – não foi objeto de debate naquela oportunidade, segundo se infere da ementa assim redigida:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE. GARANTIA HIPOTECÁRIA. PESSOA JURÍDICA. BENEFÍCIO REVERTIDO À FAMÍLIA. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.
>
> 1. A jurisprudência desta Corte Superior, interpretando o artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/1990, tem se posicionado no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido como garantia real hipotecária, somente fica afastada quando o ato de disponibilidade reverter em proveito da entidade familiar.
>
> 2. "Mesmo quando a garantia real foi prestada utilizando-se firma individual de pessoa jurídica, não se pode presumir que a hipoteca foi dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da

> Lei 8.009/90" (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 429.435/RS, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe 1º/9/2014).
> 3. No caso concreto, o Tribunal de origem consignou a ausência de prova de que a entidade familiar foi a verdadeira beneficiária do empréstimo tomado por pessoa jurídica. Para desconstituir esse fundamento, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta via pela Súmula n. 7 do STJ.
> 4. Agravo interno improvido. (AgInt no REsp n. 1.332.087/SC, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, DJe de 25/4/2017.)

Além disso, o argumento utilizado pelos embargantes, de que não agiram com má-fé, pois sempre pugnaram pela realização de audiência de conciliação com a casa bancária embargada, está dissociado da boa-fé objetiva utilizada no acórdão embargado sob a ótica de ser contraditório o comportamento das partes de, nas tratativas negociais, alienar fiduciariamente o bem de família e depois requerer a proteção legal de impenhorabilidade do imóvel com base em tal condição.

Aliás, saliente-se que o teor do precedente da Terceira Turma (REsp n. 1.560.562/SC) utilizado como fundamento da boa-fé objetiva no acórdão embargado, também foi objeto de embargos de divergência, os quais foram indeferidos liminarmente por esta Segunda Seção, porquanto em conformidade com a jurisprudência do Tribunal, aplicando-se, desse modo, a Súmula 168 do STJ, conforme se depreende do acórdão assim ementado:

> PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA QUE FERE A ÉTICA E A BOA-FÉ. SÚMULA 168 DO STJ.
> 1. À luz da jurisprudência dominante das Turmas de Direito Privado:
> (a) a proteção conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não importa em sua inalienabilidade, revelando-se possível a disposição do imóvel pelo proprietário, inclusive no âmbito de alienação fiduciária; e (b) a utilização abusiva de tal direito, com evidente violação do princípio da boa-fé objetiva, não deve ser tolerada, afastando-se o benefício conferido ao titular que exerce o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico. Precedentes.
> 2. Agravo interno não provido. (AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.560.562/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, REPDJe de 30/06/2020, DJe de 9/6/2020.)

A propósito, naqueles embargos de divergência, apon-

tou-se precedente da Quarta Turma desta Corte Superior (REsp n. 1.559.348/DF, DJe de 5/8/2019), no qual, igualmente, se afastou a impenhorabilidade de bem de família ofertada em garantia de alienação fiduciária de dívida contraída por pessoa jurídica.

Portanto, não tendo demonstrado os embargantes a divergência existente sobre fundamento autônomo apto a, por si só, manter a conclusão do acórdão embargado, de rigor o não conhecimento dos embargos em voga.

Sobre o tema, confiram-se os seguintes julgados deste Tribunal Superior:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO REMANESCENTE DO ACÓRDÃO EMBARGADO SUFICIENTE PARA A MANUTENÇÃO DE SUAS CONCLUSÕES. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.
> 1. São incabíveis embargos de divergência quando o acórdão embargado ostenta fundamento autônomo apto, por si só, para mantê-lo, não abarcado pelo paradigma apontado.
> 2. Agravo interno desprovido.
> (AgInt nos EDv nos EAREsp n. 1.681.334/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe de 20/4/2022.)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTO REMANESCENTE DO ACÓRDÃO EMBARGADO, SUFICIENTE PARA A MANUTENÇÃO DE SUAS CONCLUSÕES. INVIABILIDADE DE CONHECIMENTO DO ALEGADO DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL.
> 1. Revelam-se incabíveis os embargos de divergência quando o acórdão embargado ostenta fundamento autônomo, apto por si só para mantê-lo, não abarcado pelo paradigma apontado. Precedentes.
> 2. Agravo interno não provido.
> (AgInt nos EAREsp n. 1.844.612/MG, relatora Ministra Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe de 16/12/2021.)

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO EMBARGADO. FUNDAMENTO NÃO ABARCADO PELO PARADIGMA APONTADO. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO. [...] III - Revelam-se incabíveis os embargos de divergência quando o acórdão embargado ostenta fundamento autônomo, apto por si só, para mantê-lo, não abarcado pelo paradigma apontado. [...] VI - Agravo In-

> terno improvido. (AgInt nos EREsp n. 1.338.513/RS, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, DJe de 25/6/2019.)

Ademais, rogando vênia mais uma vez ao eminente relator, o acórdão embargado encontra-se em sintonia – e não em divergência – com o entendimento delineado pela Segunda Seção nos EAREsp n. 848.498/PR, o que atrai a incidência da Súmula 168 do STJ, assim redigida: *"não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado"*.

Embora não mencionado no voto do acórdão embargado desta relatoria, não passou desapercebida a assertiva inserta no aresto recorrido, de que "o contrato cuja garantia foi constituída foi contraído pela empresa, com proveito revertido à pessoa jurídica, sem alcançar a entidade familiar" (e-STJ, fl. 265).

Essa afirmativa do Tribunal de origem, no entanto, funda-se não em comprovação, mas em presunção (em virtude da autonomia existente entre a pessoa jurídica e as pessoas físicas dos seus sócios), porquanto não apontado nenhum elemento fático-probatório no acórdão recorrido que levasse a Corte local a concluir pela existência de comprovação de quem foi beneficiado pela dívida.

Os próprios embargantes, enfatize-se, assentam que a referida temática não foi objeto de dilação probatória.

Nesse contexto, considerando como únicos sócios da empresa beneficiada pela dívida garantida mediante alienação fiduciária do imóvel bem de família, o qual, inclusive, lhes pertence, a presunção do Tribunal *a quo* em favor dos proprietários do imóvel objeto de garantia se deu em descompasso com o entendimento contido nos EAREsp n. 848.948/PR, cuja ementa se transcreve (sem grifo no original):

> PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA PELOS ÚNICOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA DEVEDORA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. ÔNUS DA PROVA. PROPRIETÁRIOS.
> 1. O art. 1º da Lei n. 8.009/1990 instituiu a impenhorabilidade do bem de família, haja vista se tratar de instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da família e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna, ao passo que o art. 3º, inciso V, desse diploma estabelece, como exceção à regra geral, a penhorabilidade do imóvel que tiver sido oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.
> 2. No ponto, a jurisprudência desta Casa se sedimentou, em

> síntese, no seguinte sentido: a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e **b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos.**
> 3. **No caso, os únicos sócios da empresa executada são os proprietários do imóvel dado em garantia, não havendo se falar em impenhorabilidade.**
> 4. Embargos de divergência não providos.
> (EAREsp n. 848.498/PR, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe de 7/6/2018.)

Conquanto a hipótese ora em foco se refira a alienação fiduciária em garantia e o caso dos supracitados EAREsp n. 848.498/PR delibere sobre garantia hipotecária, utilizou-se tal precedente como segundo fundamento no acórdão embargado porquanto lastreado na boa-fé objetiva, assim como no REsp n. 1.560.562/SC – que subsidiou o primeiro fundamento –, havendo, desse modo, identidade de fundamentos.

Por oportuno, transcrevem-se os seguintes excertos do voto condutor daquele julgado (EAREsp n. 848.498/PR) proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão (sem grifo no original):

> Naquele voto lapidar, foi salientado que a oneração do bem de família, mediante o seu oferecimento em garantia hipotecária, está inserida no âmbito de liberdade e disponibilidade do proprietário, o que deve ser levado em consideração na interpretação de exceção prevista no art. 3º, inciso V, da Lei n. 8.009/1990.
> **Desse modo, o cuidado com a preservação do bem de família não deve afastar, peremptoriamente, a observância e o prestígio a valores comezinhos do Direito, tal como a boa-fé objetiva.** Nessa linha de intelecção, ressoando deveras natural que a garantia de dívida de empresa, cujo quadro societário é composto exclusivamente pelo marido e pela mulher, se reverta em favor do casal e, consequentemente, em benefício da entidade familiar, deve a presunção militar nesse sentido. [...] Dessarte, **em prestígio e atenção à boa-fé (vedação de venire contra factum proprium), à autonomia privada e ao regramento legal positivado no tocante à proteção ao bem de família**, concluiu-se que, à vista da jurisprudência do STJ – e também em atenção ao disposto na Lei 8.009/1990 –, o proveito à família é presumido quando, em razão da atividade exercida por em-

> presa familiar, o imóvel onde reside o casal (únicos sócios daquela) é onerado com garantia real hipotecária para o bem do negócio empresarial. [...] De fato, tal interpretação é a mais consentânea, não apenas em relação ao direito positivado, mas também no que tange aos princípios que regem o ordenamento jurídico pátrio. [...] Nessa ordem de ideias, **não é concebível que o Poder Judiciário chancele a inobservância ao princípio *nemo venire contra factum proprium*, admitindo que a parte adote comportamento contraditório, ora ofertando o bem à penhora, ora invocando a sua impenhorabilidade**, sendo certo que a Lei n. 8.009/1990 tem o escopo de resguardar o direito à moradia e não o de estimular a astúcia.

Quanto ao julgado da Terceira Turma – o AgInt no AgInt no AREsp n. 1.155.639/SP (DJe de 25/8/2021) desta relatoria –, citado no voto do eminente Ministro Marco Buzzi, a fim de corroborar a sua tese no sentido de prover os embargos, verifica-se que a situação fática naquele caso era diversa, **pois a esposa coproprietária do bem de família dado em garantia real não integrava o quadro societário da pessoa jurídica devedora, apenas o seu marido, que não era o único sócio da empresa**.

Imperava, assim, a presunção de proveito da dívida em favor da pessoa jurídica devedora, e não dos proprietários do bem, na esteira do entendimento consignado nos EAREsp n. 848.498/PR, a ensejar o reconhecimento da impenhorabilidade do bem.

Por todo o exposto, rogando as mais respeitosas vênias ao substancioso voto lançado pelo relator Ministro Marco Buzzi, **voto pelo não conhecimento dos presentes embargos de divergência**.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

A controvérsia envolvendo o presente caso diz respeito a suposto dissenso jurisprudencial sobre a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que ocorrer a **alienação fiduciária** de imóvel em operação de empréstimo bancário.

Consta dos autos que LINALDO TUNES PEREIRA e GILVANETE RODRIGUES BONFIM PEREIRA (LINALDO e outra) ajuizaram ação declaratória de impenhorabilidade de bem de família contra o BANCO BRADESCO S.A. (BRADESCO), sob o argumento de que o bem imóvel no qual residem foi dado em garantia real em contrato firmado pela pessoa jurídica da qual são sócios, L. T. PEREIRA & CIA LTDA. - EPP, sendo que em razão do inadimplemento da obrigação a instituição financeira está promovendo pro-

cedimento extrajudicial de consolidação de propriedade, em que pese o imóvel seja bem de família.

A sentença julgou o pedido improcedente, em julgamento antecipado da lide, sob o fundamento de que embora LINALDO e outra residam no imóvel, *a oferta do bem em garantia pelo casal, por si só, configura renúncia à impenhorabilidade que antes lhe revestia* (e-STJ, fl. 174).

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, reformando a sentença, aplicou precedentes sobre **garantia hipotecária**, partindo do pressuposto equivocado de similaridade entre as garantias hipotecária e de alienação fiduciária:

> *Nestes autos, não foi constituída hipoteca, mas sim garantia de alienação fiduciária regulada pela Lei 9.514/97, na qual o devedor transfere ao credor (fiduciário) a propriedade resolúvel do imóvel. No entanto, ante a similaridade das garantias, aplica-se o art. 3º da Lei 8.009/90 para análise da impenhorabilidade.* (e-STJ, fl. 265 -destaque no original)

Na análise do contexto fático, o Tribunal estadual concluiu que o bem era de família porque foi dado em garantia o imóvel onde os devedores residiam, conforme o endereço da residência do casal que constou na cédula de crédito bancário, além dos comprovantes de água e luz e fotos do uso do imóvel pela família (e- STJ, fl. 266).

Em razão disso, o Tribunal local, em votação unânime, deu provimento ao recurso de apelação interposto por LINALDO e outra, por entender que *no caso dos autos,* ***a garantia da hipoteca*** (sic) ***sobre o imóvel residencial dos recorrentes*** *foi feita em favor da pessoa jurídica da qual são sócios, não sendo possível presumir que a dívida foi contraída em benefício da sua família, o que afasta a exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no inciso V do art. 3º da Lei 8.009/90* (e-STJ, fl. 262).

O acórdão embargado da Terceira Turma, da relatoria do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, deu provimento ao recurso especial interposto pelo BRADESCO ao concluir que **(1)** a conduta dos devedores atentou contra o princípio da boa-fé ao alienarem fiduciariamente o imóvel, o qual sabidamente era bem de família, caracterizando comportamento contraditório; e **(2)** a presunção, de que o proveito decorrente da dívida se reverteu em prol da entidade familiar, incide em favor do credor, sendo ônus dos proprietários devedores a demonstração de que tal situação não ocorreu. O acórdão recebeu a seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ***BEM DE FAMÍLIA ALIENADO FIDUCIARIAMENTE.***
IMPENHORABILIDADE QUE NÃO SUBSISTE. PREVALÊNCIA DA BOA-FÉ. VEDAÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS INCONTROVERSAS. QUESTÃO CENTRAL DO RECURSO ESPECIAL EMINENTEMENTE JURÍDICA. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO REFORMADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
1. Concernente à impenhorabilidade do bem de família, esta Corte Superior já afastou tal garantia no caso em que o devedor fiduciante alienou fiduciariamente o bem de família, o qual sabidamente era de residência familiar, por caracterizar comportamento contraditório. Precedente.
2. Outrossim, em sentido semelhante, em que o bem de família foi oferecido como garantia hipotecária, a Segunda Seção deste Tribunal Superior consignou ser penhorável tal imóvel, **"quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos" (EAREsp 848.498/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 25/4/2018, DJe 7/6/2018).**
3. Na hipótese em apreço, o TJMT, modificando a sentença de improcedência, julgou em sentido contrário, ao reconhecer a impenhorabilidade do imóvel ofertado como garantia fiduciária de contrato de mútuo bancário em benefício de pessoa jurídica, mesmo sendo os titulares do bem os únicos sócios da sociedade empresária devedora, razão pela qual foi reformado o acórdão recorrido e restabelecida a sentença.
4. Por fim, enfatiza-se que as circunstâncias fáticas utilizadas como parâmetro para acolher o pleito recursal são incontroversas, sendo eminentemente jurídica a questão em debate, o que rechaça possível incidência da Súmula 7/STJ à espécie, ao revés do que sustentam os agravantes.
5. Agravo interno desprovido.
(e-STJ, fl. 532)

Os embargos de divergência opostos por LINALDO e outra indicaram como paradigma o acórdão da Quarta Turma, da relatoria do Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, prolatado no AgInt no REsp nº 1.332.087/SC, DJe de 25/4/2017, assim ementado:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE.* ***GARANTIA HIPOTECÁRIA.*** *PESSOA JURÍDICA. BENEFÍCIO REVERTIDO À FAMÍLIA. REEXAME DE CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.*

> *1. A jurisprudência desta Corte Superior, interpretando o artigo 3º, V, da Lei n. 8.009/1990, tem se posicionado no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família, na hipótese em que este é oferecido como garantia real hipotecária, somente fica afastada quando o ato de disponibilidade reverter em proveito da entidade familiar.*
> ***2. "Mesmo quando a garantia real foi prestada utilizando-se firma individual de pessoa jurídica, não se pode presumir que a hipoteca foi dada em benefício da família, para, assim, afastar a impenhorabilidade do bem com base no art. 3º, V, da Lei 8.009/90" (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp n. 429.435/RS, Relator Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/8/2014, DJe 1º/9/2014).***
> *3. No caso concreto, o Tribunal de origem consignou a ausência de prova de que a entidade familiar foi a verdadeira beneficiária do empréstimo tomado por pessoa jurídica. Para desconstituir esse fundamento, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta via pela Súmula n. 7 do STJ.*
> *4. Agravo interno improvido.*
> (AgInt no REsp nº 1.332.087/SC, relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, DJe de 25/4/2017)

Nas razões dos embargos de divergência sustentaram que o acórdão da Terceira Turma divergiu do entendimento da Quarta Turma, no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família só pode ser afastada quando o ato de disponibilidade se reverteu em favor da entidade familiar, **fato que não pode ser presumido**. Além disso, sustentaram que **não houve dilação probatória** sobre a destinação do crédito, se para proveito da pessoa jurídica ou para a família, o que demandaria revolvimento fático probatório, inviável nos termos da Súmula nº 7 do STJ (e-STJ, fls. 542/558).

Na sessão de julgamento de 25/5/2022, o Relator, Ministro MARCO BUZZI, deu provimento aos embargos de divergência para reformar o acórdão impugnado e, por conseguinte, negar provimento ao agravo em recurso especial interposto por BRADESCO.

Em seu voto, apontou que o dissenso ficou configurado porquanto a Terceira Turma decidiu que deve ser afastada a proteção legal quando o bem de família for alienado fiduciariamente, por configurar comportamento contraditório, enquanto a Quarta Turma entendeu que a impenhorabilidade do bem de família somente pode ser afastada quando demonstrado que o proveito econômico favoreceu a entidade familiar.

Em sua fundamentação, teceu os seguintes argumentos: **(1)** a proteção do bem de fa-

mília é norma cogente e de ordem pública, devendo ser interpretada de modo amplo quanto ao âmbito de sua proteção, mas de modo restrito quanto às exceções nela contidas; **(2)** a impenhorabilidade do bem de família protege direitos fundamentais, tais como a dignidade da pessoa humana e a moradia, com o escopo de garantir a sobrevivência da família em seu mínimo existencial; **(3)** a Segunda Seção, visando compatibilizar os interesses envolvidos, firmou orientação no sentido de que *a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos* (EAREsp nº 848.498/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe de 7/6/2018); e **(4)** de acordo com a orientação do EAREsp nº 848.498/PR, os devedores, proprietários do imóvel, se desincubiram do ônus de demonstrar que a família não se beneficiou dos valores auferidos com o empréstimo, circunstância esta identificada pelo acórdão estadual, razão pela qual não era o caso de dar provimento ao recurso especial da instituição financeira.

Após mencionado voto, o Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, inaugurando a divergência, não conheceu dos embargos de divergência por entender que **(1)** LINALDO e outra deixaram de impugnar a ausência de boa-fé e o comportamento contraditório na alienação fiduciária de imóvel sabidamente bem de família, fundamentos suficientes para conferir ao acórdão embargado condições para subsistir autonomamente, incidindo ao caso o óbice da Súmula nº 283 do STF; e **(2)** o casal não se desvencilhou do ônus da prova de que a família não se beneficiou dos valores auferidos com o empréstimo.

Ato seguinte, pedi vista para melhor pensar sobre o caso.

(1) <u>Da ausência de impugnação específica a fundamentos do acórdão embargado (Súmula nº 283 do STF)</u>

Acompanho o voto divergente do Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE que não conheceu dos embargos de divergência porque os devedores deixaram de impugnar a ausência de boa-fé e o comportamento contraditório na alienação fiduciária de imóvel sabidamente bem de família, fundamentos suficientes, por si

sós, para manter o acórdão embargado.

Ouso observar, no entanto, que a questão relativa ao ônus da prova do proveito do valor obtido com o empréstimo em benefício da entidade familiar não se aplica ao presente caso.

Explico.

O acórdão embargado da Terceira Turma deu provimento ao recurso especial interposto pelo BRADESCO ao concluir que **(1)** a conduta dos devedores atentou contra o princípio da boa-fé ao alienarem fiduciariamente o imóvel, o qual sabidamente era bem de família, caracterizando comportamento contraditório; e **(2)** a presunção, de que o proveito decorrente da dívida se reverteu em prol da entidade familiar, incide em favor do credor, sendo ônus dos proprietários devedores a demonstração de que tal situação não ocorreu.

O primeiro fundamento é aplicável nas hipóteses de **alienação fiduciária em garantia**, enquanto o segundo incide apenas nas hipóteses de **garantia hipotecária.**

Contra o acórdão deveriam ter sido opostos embargos de declaração fundados no art. 1.022 do CPC/2015, uma vez configurada a contradição entre os fundamentos do julgado, o que não foi feito.

Além da falta de impug-nação aos fundamentos suficiente para manterem o acórdão embargado, o conhecimento dos embargos de divergência pressupõe a existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado nos acórdãos recorrido e paradigma, situação inexis-tente na hipótese sob análise, como adiante se verá.

(2) Da ausência de similitude fática e do direito aplicado entre os acórdãos confrontados

A divergência viabilizadora dos embargos não está configurada, em razão da ausência de similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados.

A Segunda Seção do STJ entende que a proteção do bem de família tem interpretação distinta quando diz respeito a **alienação fiduciária** e a **garantia hipotecária.**

Nos casos de **alienação fiduciária**, a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior consolidou o entendimento de que a Lei nº 8.009/90 não impede a alienação do bem e, caso alienado, o proprietário não pode invocar a proteção legal por configurar comportamento contraditório, contrário à boa-fé.

Confira-se o precedente da Segunda Seção:

> *PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.* ***ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL*** *RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA QUE FERE A ÉTICA*

> *E A BOA-FÉ. SÚMULA 168 DO STJ.*
> *1. À luz da jurisprudência dominante das Turmas de Direito Privado:*
> *(a) a proteção conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90 não importa em sua inalienabilidade, revelando-se possível a disposição do imóvel pelo proprietário, inclusive no âmbito de alienação fiduciária; e (b) a utilização abusiva de tal direito, com evidente violação do princípio da boa-fé objetiva, não deve ser tolerada, afastando-se o benefício conferido ao titular que exerce o direito em desconformidade com o ordenamento jurídico. Precedentes.*
> *2. Agravo interno não provido.*
> (AgInt nos EDv nos EREsp n. 1.560.562/SC, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, REPDJe de 30/6/2020, DJe de 9/6/2020)

No que diz respeito às hipóteses de **garantia hipotecária**, a jurisprudência da Segunda Seção desta Corte Superior, ao interpretar o art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que estabelece, como exceção à regra geral, a penhorabilidade do imóvel que tiver sido oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar, firmou entendimento sobre o **ônus da prova**, segundo o qual **(1)** se o bem for dado em garantia real de dívida por **um dos sócios** da pessoa jurídica devedora, o **ônus da prova** de que o proveito do empréstimo se reverteu à entidade familiar recai sobre o **credor**; e **(2)** se os **únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado**, o **ônus da prova** recai sobre os **devedores.**

Eis o precedente da Segunda Seção neste sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO EM **GARANTIA HIPOTECÁRIA** PELOS ÚNICOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA DEVEDORA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. ÔNUS DA PROVA. PROPRIETÁRIOS.
> 1. O art. 1º da Lei n. 8.009/1990 instituiu a impenhorabilidade do bem de família, haja vista se tratar de instrumento de tutela do direito fundamental à moradia da família e, portanto, indispensável à composição de um mínimo existencial para uma vida digna, ao passo que o art. 3º, inciso V, desse diploma estabelece, como exceção à regra geral, a penhorabilidade do imóvel que tiver sido oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar.
> 2. No ponto, a jurisprudência desta Casa se sedimentou, em síntese, no seguinte sentido: a) o bem de família é impenhorável, quando for dado em garantia real de dívida por um dos sócios da pessoa jurídica devedora, cabendo ao credor o ônus da prova de que o proveito se reverteu à entidade familiar; e b) o bem de família

> é penhorável, quando os únicos sócios da empresa devedora são os titulares do imóvel hipotecado, sendo ônus dos proprietários a demonstração de que a família não se beneficiou dos valores auferidos.
> 3. No caso, os únicos sócios da empresa executada são os proprietários do imóvel dado em garantia, não havendo se falar em impenhorabilidade.
> *4. Embargos de divergência não providos.*
> (EAREsp n. 848.498/PR, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe de 7/6/2018)

Os embargos de divergência servem para harmonizar teses jurídicas que se contrapõem na matéria meritória, uma vez que situações com igual contexto fático devem receber idêntica solução jurídica.

O Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES destaca a importância da identidade fática e jurídica entre os arestos confrontados:

> *É necessário que tanto o acórdão embargado como o paradigma tenham enfrentado o mesmo dispositivo legal em relação a situações fático-jurídicas semelhantes, na exigência de os arestos confrontados versarem sobre a idêntica questão jurídica, o que pressupões que os julgados tenham tratado da mesma legislação federal, dando-lhes, todavia, soluções diversas, sendo indispensável haver identidade ou similitude fática e jurídica entre o acórdão embargado e o aresto paradigma.*
> (Recurso Especial. Curitiba: Editora Direito Contemporâneo, 2022, pág. 368).

No mesmo sentido é a doutrina de EDUARDO ARRUDA ALVIM:

> *Pode-se dizer que á e mister a identidade fática entre as hipóteses subjacentes aos acórdãos (embargado e paradigma) e a solução jurídica diversa. Vale dizer, devem ser iguais os suportes fáticos, mas diversas as soluções jurídicas atribuídas. A esse respeito é farta a jurisprudência do STJ e, bem assim, do STF. A ideia é que situações que tenham identidade ou similitudes fáticas recebam igual tratamento jurídico. Isso significa que os embargos de divergência, no STJ, podem ter como objeto duas diferentes leis federais, aplicada uma no acórdão recorrido e outra no(s) acórdão(s) paradigma(s), colimando-se nesses embargos de divergência decidir qual delas efetivamente rege a espécie jurídica, ou seja, objetivam, em última análise, que situações fático-jurídicas assemelhadas recebam tratamento equivalente* (Direito Processual Civil. São Paulo: Editora RT, 2018, pág. 965).

O acórdão embargado deu solução ao caso concreto em consonância com os precedentes sobre **alienação fiduciária**, inexistindo incongruência

entre julgados internos a autorizar a oposição dos embargos de divergência.

De todo modo, fato é que os embargos de divergência **nem sequer** apontaram dissenso quanto a vedação ao comportamento contraditório (alienação fiduciária) e a possibilidade de penhora do bem apenas quando demonstrado que o proveito reverteu para a entidade familiar (garantia hipotecária), como constou no voto do eminente Relator.

A divergência se embasou **apenas** na **impossibilidade de presumir que o ato de disponibilidade se reverteu em favor da entidade familiar**, fazendo-se necessária dilação probatória, o que não ocorreu no caso concreto diante do julgamento antecipado da lide pelo juízo de primeiro grau.

Para tanto, os embargantes, LINALDO e outra, colacionaram **paradigma** que decidiu ser ônus do **credor** demonstrar que a hipoteca foi dada em benefício da família (AgInt no REsp nº 1.332.087/SC, relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma, DJe de 25/4/2017), ao passo que o **acórdão embargado** entendeu que tal ônus é do **devedor**, com base no EAREsp n. 848.498/PR, relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Segunda Seção, DJe de 7/6/2018.

Conforme já mencionado, a divergência não pode ser apreciada porque os embargantes deixaram de impugnar fundamentos suficientes, por si sós, para manter o acórdão embargado (vedação ao comportamento contraditório e ofensa ao princípio da boa-fé), incidindo ao caso o óbice da Súmula nº 283 do STF.

Em suma, é o caso de rejeitar os embargos de divergência diante da ausência de impugnação a fundamentos suficientes, por si sós, para manter o julgado e diante da ausência de similitude entre a hipótese dos autos (alienação fiduciária) e o acórdão paradigma (garantia hipotecária).

Nessas condições, ouso dissentir do Relator para acompanhar, em parte, a divergência inaugurada pelo Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, **excluído o argumento de que *o casal não se desvencilhou do ônus da prova de que a família não se beneficiou dos valores auferidos com o empréstimo*, por ser aplicável apenas nas hipóteses de garantia hipotecária, situação distinta dos autos, que versa sobre alienação fiduciária.**

Por tais razões, **acompanho em parte a divergência** inaugurada pelo Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE e **NÃO CONHEÇO** dos embargos de divergência.

É o meu voto.

VOTO VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO:

Pedindo vênias aos entendimentos em sentido contrário, em especial ao em. Relator, **Ministro MARCO BUZZI**, que nos traz ilustrado voto, não vejo como se possa justificar **a distinção entre os institutos da hipoteca e da alienação fiduciária de imóvel** para efeito de **aplicação da garantia da impenhorabilidade do bem de família**, pois essa garantia, é instituída pela **Lei n. 8.009, de março de 1990**, como todos sabem, enquanto **a alienação fiduciária de imóvel** não é referida na assinalada Lei porque o referido instituto ainda não existia; **somente seria instituído em novembro de 1997, pela Lei n. 9.514.**

Para efeito de incidência da aludida garantia não há distinção de ordem prática, pois ambas, tanto a alienação fiduciária de imóvel, quanto a hipoteca de imóveis, são operações de financiamento imobiliário que garantem o credor por meio da afetação de imóvel.

Então, existente a **similitude** entre os julgados, **conheço dos embargos de divergência** e passo ao mérito.

Entendo que os precedentes desta Corte que tratam de casos de hipoteca devem prevalecer mesmo nos casos, de alienação fiduciária de imóvel, porque a lei que instituiu a impenhorabilidade é de março de 1990 e na época ainda não existia a alienação fiduciária de imóvel e que, por isso, ela não faz expressa nenhuma menção à operação de alienação fiduciária. Mas não há fundamento que diferencie a hipoteca, como operação financeira, da alienação fiduciária para essa específica finalidade de se subtrair da regra da impenhorabilidade do bem de família numa situação como esta sob análise.

A hipótese em que se pode excepcionar a aplicação tanto da hipoteca como da alienação fiduciária de imóvel para fins de ensejar a penhorabilidade é apenas aquela em que o credor é titular do crédito destinado à construção ou à aquisição do próprio imóvel que representa o bem de família, na forma do **art. 3º, II, da Lei** que institui a impenhorabilidade do bem de família.

Aqui a instância ordinária afirmou que o empréstimo contraído junto à instituição bancária e garantido por alienação fiduciária do imóvel -e poderia ser uma hipoteca, não há diferença nenhuma, não era para a aquisição do imóvel - não propiciou nenhum proveito à entidade familiar. Se nenhum proveito esta teve, não há diferença nenhuma em ser hipoteca ou alienação fiduciária de imóvel, porque **o empréstimo foi contraído para benefício de uma sociedade**

empresária da qual o casal participava como sócio.

Nesse caso, teríamos de observar a regra da impenhorabilidade do bem de família, para que uma família não vá para a rua, o que não posso chancelar, porque, a meu ver, contraria os nossos entendimentos salutares em relação à hipoteca e não há nenhuma distinção entre esses institutos para os efeitos que estamos considerando no caso.

Então, entendo que existe a similitude e que **os embargos de divergência devem ser providos** para que seja aplicada a regra da impenhorabilidade do bem de família, sem importar que o caso trate de alienação fiduciária que, repita-se, não guarda, para tal finalidade, nenhuma diferença ontológica com a hipótese de hipoteca de imóvel.

Então, rogo todas as vênias à douta maioria já formada e me quedo vencido, **adotando ainda o voto original do eminente Relator**, que distinção alguma fazia com a hipoteca, porque realmente distinção alguma há fundamentalmente.

Ante o exposto, com as devidas vênias, **divirjo do em. Ministro relator**.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

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 dando provimento aos embargos de divergência para reformar o acórdão impugnado e negar provimento ao agravo em recurso especial, e o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze abrindo divergência e não conhecendo dos embargos de divergência, pediu VISTA o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Aguardam os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro acompanhando, com esclarecimentos, a divergência inaugurada pelo Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, pediu VISTA REGIMENTAL o Sr. Ministro Marco Buzzi, Relator.

Aguardam os Srs. Ministros Nancy Andrighi, Luis Felipe

Salomão, Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista regimental do Sr. Ministro Marco Buzzi retificando seu voto para acompanhar a divergência aberta pelo Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, e o voto divergente do Sr. Ministro Raul Araújo, a Segunda Seção, por maioria, não conheceu dos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro e Villas Bôas Cueva votaram

com o Sr. Ministro Relator. Vencido o Sr. Ministro Raul Araújo. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Superior Tribunal de Justiça

Alienação fiduciária. Constituição em mora. Notificação ao devedor. Rito e exigência. [1]

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. AFETAÇÃO AO RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. TEMA N. 1.132. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA COM GARANTIA. COMPROVAÇÃO DA MORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL COM AVISO DE RECEBIMENTO. PROVA DE REMESSA AO ENDEREÇO CONSTANTE DO CONTRATO. COMPROVANTE DE ENTREGA. EFETIVO RECEBIMENTO. DESNECESSIDADE.

1. Para fins do art. 1.036 e seguintes do CPC, fixa-se a seguinte tese: Em ação de busca e apreensão fundada em contratos garantidos com alienação fiduciária (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969), para a comprovação da mora, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros.

2. Caso concreto: Evidenciado, no caso concreto, que a notificação extrajudicial foi enviada ao devedor no endereço constante do contrato, é caso de provimento do apelo para determinar a devolução dos autos à origem a fim de que se processe a ação de busca e apreensão.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomado o julgamento, após as ratificações de votos dos Srs. Ministro João Otávio de Noronha e Marco Buzzi, por maioria, dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à origem para que se processe a ação de busca e apreensão.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese no

[1] Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=203455323&registro_numero=202102385113&peticao_numero=&publicacao_data=20231020&formato=PDF>.

Tema 1.132: "Para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente

o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros." Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Vencido o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Pediram preferência pelo Recorrente AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A. o Dr. FÁBIO LIMA QUINTAS e, pela FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS, o Dr. ANSELMO MOREIRA GONZALEZ.

Brasília (DF), 09 de agosto de 2023 (Data do Julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Relator p/ Acórdão.

REsp nº 1.951.662 - RS (2021/0238511-3). DJe 20.10.2023.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (RELATOR):

Cuida-se de recurso especial interposto por **AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S/A** com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS, assim ementado:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 485, INCISO IV). NO CASO, A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO DECLINADO NO CONTRATO RESTOU FRUSTRADA, NÃO TENDO O BANCO AUTOR PROMOVIDO OUTRAS TENTATIVAS DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXTINÇÃO, FORTE NO ARTIGO 485, INCISO IV, DO CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA.

A recorrente, em razão de inadimplemento contratual e do envio de notificação extrajudicial ao endereço da devedora, ajuizou em face de LEONARDO DA LUZ GOMES ação de busca e apreensão de bem móvel, fundamentada no Decreto-Lei 911/69, tendo em

conta a pactuação, entre as partes, de contrato de alienação fiduciária em garantia (fls. 3/8).

O r. juízo *a quo*, com fundamento no art. 485, incisos I e IV, do Código de Processo Civil/2015, indeferiu *in limine* a petição inicial, sob o argumento de que não teria sido válida a constituição em mora, porquanto realizada apenas pelo envio de correspondência, sem efetivo recebimento, no endereço informado no contrato. Ademais, não houve a realização de outras tentativas, pela casa bancária, de comprovação da mora do devedor (fls. 119/120).

O eg. Tribunal de origem, por unanimidade de votos, manteve na integralidade a sentença, nos termos da ementa supracitada. (fls. 152/160)

Daí o presente recurso especial, no qual a insurgente aponta, além do dissídio jurisprudencial, violação ao artigo 2º, § 2º do Decreto-Lei nº 911/1969. Argumenta, em resumo: **i)** que o simples envio da correspondência para o endereço indicado no contrato é suficiente para a comprovação da mora, considerando a dispensa legal para que a notificação seja recebida pelo próprio devedor; **ii)** *"(...) recorrido celebrou o contrato em setembro de 2019 e veio a inadimplir desde a primeira parcela, vencida em 05.11.2019, nada pagando desde então. Neste esteio, há mais de um ano, o credor fiduciário vem sendo privado dos valores que lhes são devidos, o que, por si só, justifica a apreensão do veículo, sob pena do Poder Judiciário tutelar a má-fé* ."

Requer o provimento do apelo nobre, reformando-se, por conseguinte, o acórdão recorrido a fim de determinar o retorno dos autos à origem para prosseguimento do feito. (fls. 163/195)

Sem contrarrazões.

Admitido o reclamo na origem (fls. 201/209), ascenderam os autos a esta Corte Superior.

O Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, reputou salutar que a Segunda Seção do STJ deliberasse sobre a afetação da matéria veiculada neste inconformismo ao rito dos recursos repetitivos, tendo em vista o notório potencial de multiplicidade e a existência de decisões proferidas pelos tribunais de origem conflitantes com a jurisprudência desta Corte. (fls. 171/173)

O Ministério Público Federal exarou parecer favorável à admissibilidade do recurso como representativo de controvérsia, oportunidade na qual destacou, inclusive, que a matéria nele debatida já foi decidida pelo STJ em diversos julgados. (fls. 223/225)

A eg. Segunda Seção, por unanimidade de votos, deliberou submeter ao rito dos recur-

sos especiais repetitivos a controvérsia subjacente aos presentes autos, nos termos da seguinte ementa:

> PROPOSTA DE AFETAÇÃO -RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS -TEMÁTICA - COMPROVAÇÃO DA MORA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA -NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL -ENTREGA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR -NECESSIDADE, OU NÃO, DE RECEBIMENTO PESSOAL PELO DESTINATÁRIO.
> 1. Delimitação da controvérsia:
> 1.1. Definir se, para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente, ou não, o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual, dispensando-se, por conseguinte, que a assinatura do aviso de recebimento seja do próprio destinatário.
> 2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015.

Em questão de ordem, o colegiado da Segunda Seção, acolheu proposta deste signatário a fim de afastar determinação de suspensão/sobrestamento do processamento de todos os feitos e recursos pendentes no território nacional. (fls. 479/482)

Ato contínuo, os pedidos de ingressos no feito como *amici curiae* formulados pela ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE CRÉDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO (ACREFI); da Febraban; do BANCO CENTRAL DO BRASIL e pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ADMINISTRADORAS DE CONSÓRCIOS -ABAC; foram devidamente acolhidos, com a observação de que poderiam ofertar, por uma única vez, razões escritas nos autos; efetivar sustentação oral no momento processual adequado e interpor embargos de declaração após a publicação do aresto prolatado no julgamento de mérito da demanda. (fls. 485/486; 467/468; 487/488; 489/491)

Em novo parecer, o órgão Ministerial opinou pela fixação de tese jurídica e, no caso concreto, pelo provimento do apelo recursal. (fls. 538/544)

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI (RELATOR):

O presente inconformismo, além do propósito recursal da parte insurgente, também se presta a dirimir a seguinte controvérsia submetida ao rito dos recursos repetitivos, atinente ao ajuizamento de ações de busca e apreensão baseadas no Decreto-lei nº 911/69: **se, para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instru-**

mento contratual e a sua efetiva entrega (a qualquer pessoa), ou se há necessidade de que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário.

De início, cabe pontuar: a tese a qual se pretende firmar está limitada à temática acima aludida solucionando exclusivamente casos nos quais se questiona a comprovação da mora porque a notificação, enviada ao endereço indicado pelo devedor, **foi efetivamente recebida, mas por outra pessoa.** Uma vez definida a necessidade de efetivo recebimento (ou não) da notificação, restarão resolvidas, **como consectário lógico**, situações nas quais a notificação – repita-se, enviada ao endereço do devedor – **retornou com aviso de "ausente"**. Sobre esse contexto fático, conforme será demonstrado mais adiante, há vasta jurisprudência a amparar a formação de precedente qualificado.

Outras controvérsias, ainda que atinentes ao envio de notificação com o mesmo propósito, não estão aqui contempladas, tais como a **insuficiência do endereço do devedor** (*ut.* Agint no REsp 1.292.182/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje de 16/11/2016), o eventual **extravio do aviso de recebimento** (ut. REsp 1.828.778/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 29/8/2019), bem como a indicação **"mudou-se"** contida no aviso de recebimento (ut. AgInt no AREsp 2168221/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 11/11/2022). Nada impede, todavia, que essas temáticas sejam, em tempo oportuno, com a maturidade e consolidação necessária da jurisprudência, objeto de afetação ao rito dos repetitivos.

Destaca-se, nesse contexto, a relevância do Decreto-lei n.º 911/69, com as alterações incorporadas pela Lei n.º 14.043/2014, que estabelece os requisitos necessários para o ajuizamento de ação de busca e apreensão de bens móveis, garantidos por alienação fiduciária, o qual representa, sem dúvida, evidente evolução nos mecanismos de proteção em favor dos credores, de modo a viabilizar a pactuação e a execução dos contratos com a agilidade exigida por um sistema negocial dinâmico e contemporâneo, como se apresenta o atual estágio da modernidade.

Não se pode olvidar que por intermédio da referida legislação, viabiliza-se a aquisição de relevantes bens por parte de um expressivo contingente de pessoas/consumidores que, nos moldes tradicionais, ou seja, sem a apresentação de garantias, não teriam chance de amealhar bens de maior expressividade econômica.

Por meio do referido sistema legal, transmite-se ao credor o

domínio resolúvel e a posse indireta de coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o devedor em possuidor direto e depositário, com as responsabilidades e encargos legais decorrentes do contratos, em especial, o adimplemento da obrigação.

Detalhadamente, **Melhim Namem Chalhub** esclarece:

> "(...) ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor-fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, demitese doseu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal." (ut. CHALHUB, Melhim Namem. Negócio Fiduciário. 2ª ed. Rio de Janeiro -São Paulo: Renovar, 2020, p. 222)
>
> Com outras palavras, **Cezar Fiúza:**
>
> "(...) "o contrato pelo qual uma pessoa, o devedor fiduciante, a fim de garantir o adimplemento de uma obrigação e mantendo-se na posse direta, obriga-se a transferir a propriedade de uma coisa a outra pessoa, o credor fiduciário, ocorrendo a retransmissão da propriedade ao devedor fiduciante, assim que paga a dívida garantida." (ut. Direito Civil -Curso Completo, 2ª ed. em e-book, Ed. RT, 2015, Cap. XV, item 2.18.2)

Na mesma linha, confiram-se os estudos de: **José Carlos Moreira Alves**.(*in* . Marcelo M. Bertoldi e Marcia Carla Pereira Ribeiro, in Curso Avançado 10 de Direito Comercial, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, Parte V, item 4, doutrinas complementares); **Luciano de Camargo Penteado** (*in* Manual de Direito Civil -Coisas, São Paulo: Ed. RT, 2014, 1ª ed. em e-book, Parte, II, Cap. III, item 2.2.1); **Araken de Assis** *(in.* Resolução do Contrato por Inadimplemento, São Paulo: Thomson Reuters, 2019, 2ª ed. em e-book, Cap. 1, subitem 1.1.1); **Ruy Rosado de Aguiar** (*in* Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais -Coordenador Wanderley Fernandes, São Paulo: Saraiva, 2012, 2ª ed., Cap. IX); **Teresa Arruda Alvim.** (*in.* Aspectos relativos à execução de obrigação prevista em escritura pública de mútuo com alienação fiduciária de imóvel em gar antia. In: Pareceres -Teresa Arruda Alvim | vol. 1 | p. 185 -211 | Out / 2012); **Eduardo Pachi.** *(in.* ASPECTOS PRÁTICOS: da alienação fiduciária. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 61/ 2013 | p. 117 -130 | Jul -Set / 2013).

Frente à essa realidade, destaca-se a **proporcionalidade** existente entre a composição da taxa de juros de um contrato de financiamento e a segurança que o agente financeiro tem, caso precise se valer da garantia, na hipótese de inadimplemento do devedor.

Não por acaso, as operações financeiras com juros **mais elevados** estão intimamente relacionadas àquelas que não estão atreladas a garantias seguras, ou sequer possuem garantia.

Vale citar, a título de exemplo, as operações de **cartão de crédito** as quais possuem taxas de juros superiores do que às praticadas nos contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária, como no caso em exame.

Nesse sentido, colaciona-se estatística de crédito realizada pelo Banco Central do Brasil. (*ut.* https:/ /www. bcb. gov. br/estatisticas/ estatisticasmone-tariascredito. Acesso em 06/06/2022):

Taxa média de juros entre diferentes modalidades de créditos Em % a.a.

Modalidade	Taxa (% a.a)
Cartão Rotativo	355,2
Cheque Especial	132,6
Crédito Pessoal Não	83,4
Consignado	
Veículos (alienação fiduciária)	26,5
Consignado	22,9
Crédito Imobiliário	7,2

Fonte: Banco Central do Brasil – BCB.

Nessa ordem de ideias, fomentar o sistema de garantias oferecendo segurança jurídica a todos os envolvidos enseja inegáveis benefícios à economia de um país, valendo destacar, por oportuno, pesquisa realizada pelo **Banco Mundial**, divulgada pela **FEBRABAN**, admitida nesses autos como *amici curiae*, a qual tem por desiderato verificar o ambiente de negócios nos países que integram àquela instituição.

Referido estudo indica o Brasil ocupa a modesta posição **104ª** dentre as **190** economias pesquisadas, com índice de recuperação das garantias inferior a 14,6% (quatorze, vírgula seis por cento) a cada US$ 100,00 (cem dólares norte-americanos) concedidos em operações financeiras, valendo a comparação entre países em desenvolvimento, da própria América Latina, notadamente a Colômbia e o Chile, os quais contam, respectivamente, com taxas de 67,2% e 41,6%, respectivamente. O quadro a seguir é elucidativo do cenário apresentado:

Taxa de Recuperação da Garantia
% do valor da garantia, 2020.
Em dólares norte-americanos.

País	Percentual (%)
Reino Unido	5,3
Coreia do Sul	84,6
Austrália	82,7
USA	81,8
Alemanha	80,4

País	Percentual (%)
Colômbia	67,2
México	64,7
Rússia	42,1
Chile	41,6
África do Sul	34,5
Índia	26,5
Turquia	14,7
Brasil	14,6

Fonte: *" https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/Panorama%20de%20Cr%C3%A9dito_fev_22.pdf ." Acesso em 07/06/2022.*

É nesse cenário -o qual não é novo -que o legislador ordinário fez editar o Decreto-lei n. 911/69, com a finalidade de robustecer o mercado, ofertando a possibilidade de acesso, ao consumidor, de crédito financeiro para aquisição de bens móveis, observando-se, em favor dos credores, as necessárias garantias inerentes à operação ora destacada.

Pontualmente, segundo o relatório de economia bancária de 2021 (financiamento de veículos), revelam dados importantes acerca do mercado automotivo -cujo impacto da decisão proferida neste repetitivo ocupa posição de destaque -traduzindo números atinentes ao financiamento de mais de **5,9 milhões de veículos** automotores (carros de passeio, motos, caminhões, ônibus, etc.), correspondendo a volume total de concessão de crédito no importe de **R$ 195 bilhões de reais**, tendo como garantia, em mais de 85% (oitenta e cinco) por cento das operações de crédito, as normas do Decreto-Lei n.º 911/69, consubstanciando o êxito do instrumento normativo ora em voga. (**Fonte:**"https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.domethod=prepararTelaLocalizarSeries". **Acesso em 17/10/2022**)

Assim, tendo em vista as especificidades do ambiente macroeconômico no qual se insere a discussão submetida à apreciação deste eg. órgão colegiado, tem-se que o presente julgamento poderá gerar efeitos relevantes, notadamente no que se refere à segurança jurídica, o acesso ao crédito e, por conseguinte, o desenvolvimento econômico e social de importante segmento da economia do país.

Feito esse breve panorama metajurídico, o tema afetado para julgamento sob o rito dos recursos repetitivos envolve o enfrentamento de controvérsia atinente à comprovação da mora para o manejo de ação de busca e apreensão com pacto de alienação fiduciária em garantia, na forma como prevista no Decreto-Lei nº 911/69.

Observando-se o normativo de regência da matéria -Decreto-Lei n.º 911/69, com as alterações incorporadas pela Lei nº 14.043/2014 -o mesmo estabelece que a constituição em mora

do devedor fiduciário poderá ser comprovada por carta registrada, com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

Observando-se o normativo de regência da matéria -Decreto-Lei n.º 911/69, com as alterações incorporadas pela Lei nº 14.043/2014 -o mesmo estabelece que a constituição em mora do devedor fiduciário poderá ser comprovada por carta registrada, com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

Confira-se, a propósito, a redação legal:

> "Art. 2º. No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.
> (...)
> § 2º. A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário." (grifos nossos)

Com efeito, consoante o supramencionado dispositivo, a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento da obrigação e se consolida no retardamento culposo do devedor ao deixar de solver a prestação previamente ajustada entre as partes, revelando-se de natureza *ex re*, ou seja, decorre de maneira automática.

Assim, a teor do referido §2º do art. 2º do normativo ora em voga, nos contratos com previsão de alienação fiduciária em garantia, constatado o vencimento do prazo sem o adimplemento da obrigação, essa circunstância enseja o reconhecimento de que o devedor estará em mora porquanto, ressalvada a ocorrência de fato ou omissão que não lhe seja imputável, deixou de efetuar o pagamento no tempo, no lugar e na forma devidos, a teor dos 394 a 397 do Código Civil/2002. (*ut.* **TEPEDINO, Gustavo**. Código Civil Interpretado: conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2017, pp. 715 e 716)

Em síntese, havendo termo certo para o pagamento de obrigação líquida, trata-se de mora *ex re* e incide o art. 397, caput, do Código Civil [correspondente ao art. 960 do CC/

1916], segundo o qual o "*inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor*". Precedente da Corte Especial: EREsp 1.250.382/RS, Rel. Ministro **SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL**, julgado em 2/4/2014, DJe 8/4/2014.

Na mesma linha, vejam-se: **RODRIGUES, Silvio**. Direito Civil. Vol. 2: Parte Geral das Obrigações.30ªed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 158 e 159; **MARTINS, Fran** . Contratos e obrigações comerciais. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 419; **PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações. 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 119 e 291; **GONÇALVES, Carlos Roberto.** Direito Civil brasileiro. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 18; **AGUIAR JÚNIOR,** Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por inadimplemento do devedor. Rio de Janeiro: Aide, 2001, p. 120/121; **ALVIM, Agostinho.** Da inexecução das obrigações e suas consequências. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 540/545; **CATALAN, Marcos Jorge.** Descumprimento contratual. Curitiba: Juruá, 2005, p. 329; **COSTA, Judith Martins.** A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 450; **OLIVEIRA, Carlos E. Elias de, João Costa-Neto.** Direito Civil. Volume Único. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 504/505; **TARTUCE, Flávio.** Direito Civil. Das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 41; **MIRANDA, Pontes de.** Tratado de direito privado. Tomo II. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2002, p. 519, tendo o mestre alagoano expressado compreensão segundo a qual: *"(...) a interpelação tem por fim prevenir ao devedor de que a prestação deve ser feita. Fixa esse ponto, se já não foi fixado;* ***se já foi fixado, a interpelação é supérflua, porque o seu efeito mais importante, a mora, se produziu antes dela,*** **ipso iure.***" (grifos nossos)*

Nessas hipóteses, ao dispor que a mora decorre do simples vencimento do prazo, o legislador possibilitou ao credor a comprovação por meio de "**carta registrada com aviso de recebimento**" entregue no endereço constante do contrato, estabelecendo expressamente a dispensa "**que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário**" (grifos nossos)

A propósito, vale destacar excerto exarado por este signatário, na oportunidade do julgamento do Agint no REsp 1.937.142/SC, Dje de 01/12/2021, pertinente ao caso dos autos, segundo o qual *"(...) em ação de busca e apreensão, a prova do recebimento da notificação pelo devedor não é necessária para a constituição em mora, bastando que seja envi-*

ada ao endereço declinado no contrato." Em outra circunstância, mas pertinente ao aqui examinado, já se afirmou "(...) *a bem dos princípios da probidade e boa-fé, não é imputável ao credor fiduciário a desídia do devedor que deixou de informar a eventual mudança do domicílio indicado no contrato, frustrando, assim, a comunicação entre as partes."* (*ut*. REsp 1828778/RS, Rel. Min. **NANCY ANDRIGHI**, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 29/08/2019)

Cabe registrar, por oportuno, que esse é o direcionamento da pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema segundo a qual, em ação de busca e apreensão, fundamentada em contratos garantidos por alienação fiduciária (art. 2º, §2º, do Decreto-lei n.º 911/69), a comprovação da mora se realiza com o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário.

Importa deixar consignado que, a despeito da desnecessidade de que a assinatura seja do destinatário, **a orientação jurisprudencial exige a sua efetiva entrega**, não havendo se falar em constituição em mora quando o aviso de recebimento retorna com a indicação "ausente".

É inviável, pois, presumir a má-fé do devedor por não se encontrar presente – ou não ter outra pessoa para receber – quando da chegada da referida notificação em seu endereço.

A propósito, confiram-se os seguintes julgados proferidos pela eg. **Terceira Turma**:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO DECLARADO PELA FIDUCIANTE MAS NÃO ENTREGUE. MORA NÃO COMPROVADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO NCPC. AFASTAMENTO. SÚMULA N.º 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
>
> 1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n.º 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.
>
> 2. **Nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n.º 911/1969, "a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de re-**

cebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".
3. No caso, a notificação não foi recebida porque a devedora estava ausente, e não havia nenhuma outra pessoa no imóvel, não podendo ser presumida sua má-fé por não estar ela presente no momento da entrega. Precedentes. Incidência da Súmula n.º 83 do STJ.
3. Para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal estadual -a fim de afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração, que foram considerados protelatórios -, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial por incidir o óbice da Súmula n.º 7 do STJ.
4. Agravo interno não provido.

AgInt no AREsp 2168221/RJ, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 11/11/2022. (grifos nossos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. COMPROVAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AVISO DE RECEBIMENTO (AR) COM INFORMAÇÃO **"AUSENTE".** AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO RECEBIMENTO NO ENDEREÇO. REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.
1. Ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente2. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.
3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, para a busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária, necessária a comprovação da mora por meio da notificação extrajudicial do devedor, realizada por intermédio de carta registrada enviada por Cartório de Títulos e Documentos, com a efetiva entrega da notificação no seu endereço cadastral, apenas dispensando-se a notificação pessoal. Precedentes.
4. O reexame fático probatório é inadmissível em recurso especial.
5. Agravo interno não provido.

AgInt no AREsp 2119740/DF, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 21/09/2022.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI 911/1969. COMPROVAÇÃO DA MORA. NOTIFICAÇÃO FRUSTRADA PELO MOTIVO "AUSENTE". VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA PELO DEVEDOR. NÃO OCORRÊNCIA. CONSOLIDAÇÃO PROPRIEDADE EM FAVOR DO CREDOR FIDUCIÁRIO. DESCABIMENTO.
1. Controvérsia acerca da comprovação da mora na ação de busca e apreensão fundada no Decreto-Lei 911/1969 na hipó-

tese em que a notificação enviada ao endereço do devedor frustrou-se pelo motivo "Ausente".
2. Nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n° 911/1969, "A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".
3. Existência de divergência na jurisprudência desta Corte Superior acerca da necessidade, ou não, de efetiva entrega da notificação no endereço cadastral do devedor, para se comprovar a mora.
4. Caso concreto em que a notificação sofreu três tentativas de entrega, todas frustradas pelo motivo "Ausente".
5. Inviabilidade de se extrair do simples fato da ausência do devedor de sua residência qualquer conduta contrária à boa-fé objetiva.
6. Existência de recente precedente desta turma acerca da validade da notificação frustrada pelo motivo "Mudou-se".
7. Inaplicabilidade das razões de decidir daquele precedente ao caso dos autos, pois a mudança de endereço do devedor, sem comunicação à credora fiduciária, importa violação à boa-fé objetiva, diversamente da mera ausência do devedor de sua residência.
8. Invalidade da notificação no caso em tela.
9. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

REsp 1848836/RS, Rel. Min. **Paulo de Tarso Sanseverino**, Dje de 27/11/2020. (grifos nossos)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO.** MORA. NOTIFICAÇÃO ENCAMINHADA E RECEBIDA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR, CONSTANTE DO CONTRATO. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
1. A mora decorre do simples vencimento, devendo, por formalidade legal, para o ajuizamento da ação de busca e apreensão, ser apenas comprovada, pelo credor, mediante envio de notificação por via postal, com aviso de recebimento no endereço do devedor indicado no contrato, o que ocorreu na presente hipótese, sendo prescindível, para esse efeito, a assinatura do destinatário. Incide, à espécie, a Súmula 83/STJ.
2. Agravo interno a que se nega provimento.

AgInt no AREsp 1064969/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 30/08/2017.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. TELEGRAMA DIGITAL. VALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A mora decorre do simples vencimento, nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, estando condicionado o ajuizamento da ação de busca e apreensão pelo credor, apenas, à comprovação do envio da notificação extrajudicial para o endereço do devedor indicado no contrato, sendo prescindível que seja pessoal.
2. Embora a prática do ato seja demonstrada, costumeiramente, por meio de aviso de recebimento (AR) por via postal, considera-se cumprida a exigência pelo envio de telegrama digital, com certidão de entrega expedida pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, porquanto atingido o dever de informação, a fim de possibilitar que o devedor possa purgar a mora.
3. Agravo interno desprovido.
AgInt no REsp 1821119/PR, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 27/09/2019.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. MORA. COMPROVAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ. REVISÃO. PRETENSÃO RECURSAL QUE ENVOLVE O REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO DEMONSTRAÇÃO NOS MOLDES LEGAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. Inaplicáveis as disposições do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.
2. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que, para comprovação da mora, é imprescindível que a notificação extrajudicial seja encaminhada ao endereço do devedor, ainda que seja dispensável a notificação pessoal. Precedentes. Súmula nº 83 do STJ.
3. A alteração das conclusões do acórdão recorrido exige reapreciação do acervo fático-probatório da demanda, o que faz incidir o óbice da Súmula nº 7 do STJ.
4. A não observância dos requisitos do art. 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea c do permissivo constitucional.
5. Agravo regimental não provido.

AgRg no AREsp 797.771/MS, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 04/09/2017.

No mesmo sentido: REsp 1.964.323/MT, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 22/02/2022 (decisão monocrática);

AREsp 1.018.708/GO, Rel. Min. **Moura Ribeiro,** DJe de 21/02/2022 (decisão monocrática); AgInt no REsp 1.955.579/RS, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 25/11/2021; AREsp 1.989.150/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 21/02/2022 (decisão monocrática); AgInt no AREsp 1.970.950/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 21/02/2022 (decisão monocrática); REsp 1.983.805/DF, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 22/02/2022 (decisão monocrática); REsp 1.974.114/RS, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 15/02/2022 (decisão monocrática); AgRg no Ag 1.386.153/RS, Rel. Min. **Sidnei Beneti**, DJe de 01/06/2011; REsp 1.981.380/GO, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 10/02/2022 (decisão monocrática); AREsp 1.940.316/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 08/02/2022; AgRg no AREsp 520876/RS, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 02/02/2015; REsp 1.848.836/RS, Rel. Min. **Paulo de Tarso Sanseverino**, DJe de 27/11/2020; AgInt no AREsp 981.005/MS, Rel. Ministro **Paulo De Tarso Sanseverino**, DJe 10/10/2017; AgInt no AgInt no AREsp 1888237/MS, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 28/10/2021; REsp 1828778/RS, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 29/08/2019; AgInt no AREsp 916.874/MS, Rel. Min. **Ricardo Villas Bôas Cueva**, DJe de 19/09/2017; AgRg no AREsp 797.771/MS, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 04/09/2017.

Seguindo idêntica linha de compreensão, colhem-se da eg. **Quarta Turma:**

> AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO NÃO ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR. MORA NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ.
> 1. Esta Corte Superior tem remansoso entendimento no sentido de que a entrega da notificação no endereço contratual do devedor fiduciante, ainda que recebida por terceira pessoa, é bastante para constituí-lo em mora.
> 2. Assim, nos termos da jurisprudência desta Corte acima indicada, a notificação apresentada não tem validade para constituição em mora se não foi entregue no endereço do devedor, não podendo ser presumida sua má-fé por encontrar-se ausente no momento da entrega.
> 3. Agravo interno a que se nega provimento.
>
> Agint no REsp 1.929.336/RS, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, Dje de 30/11/2021. (grifos nossos)
>
> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 489, § 1º, IV, E 1.022, II, DO CPC/2015. NÃO

OCORRÊNCIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA NO ENDEREÇO CONTRATUAL DO DEVEDOR. MORA COMPROVADA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 478, 479 E 480 DO CÓDIGO CIVIL, 4º, IV, 6º, V, 51, IV, X, § 1º, I, 52, II, DO CDC, 2º E 5º DO DECRETO-LEI 911/69. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. JUROS REMUNERA-TÓRIOS. TAXA MÉDIA DO MERCADO. COBRANÇA ABUSIVA. LIMITAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.
1. Não se verifica a alegada violação aos arts. 489 e 1.022, na medida em que a eg. Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas. De fato, inexiste omissão no aresto recorrido, porquanto o Tribunal local, malgrado não ter acolhido os argumentos suscitados pela parte recorrente, manifestou-se expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide.
2. Conforme entendimento firmado no âmbito da Quarta Turma do STJ, "a demonstração da mora em alienação fiduciária ou leasing -para ensejar, respectivamente, o ajuizamento de ação de busca e apreensão ou de reintegração de posse -pode ser feita mediante protesto, por carta registrada expedida por intermédio do cartório de títulos ou documentos, ou por simples carta registrada com aviso de recebimento -em nenhuma hipótese, exige-se que a assinatura do aviso de recebimento seja do próprio destinatário".

REsp 1.292.182/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/09/2016, DJe de 16/11/2016.

3. (....)

6. Agravo interno a que se nega provimento.

AgInt no AREsp 1.577.203/PB, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 24/11/2020.

ARRENDAMENTO MERCANTIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR, NA ORIGEM, CONFIRMADA PELO COLEGIADO. OFENSA AO ART. 557 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. MORA EX RE. INADIMPLEMENTO OCORRE NO VENCIMENTO DA PRESTAÇÃO CONTRATUAL. NOTIFICAÇÃO. DECRETO-LEI N. 911/1969. DEMONSTRAÇÃO DA MORA. PODE SER FEITA MEDIANTE PROTESTO, POR CARTA REGISTRADA EXPEDIDA POR INTERMÉDIO DO CARTÓRIO DE TÍTULOS OU DOCUMENTOS, OU POR SIMPLES CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBIMENTO. EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL, PARA SE AMOLDAR ÀS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO LEGISLADOR.
1. A mora é causa de descumprimento parcial dos contratos de arrendamento mercantil e verifica-se quando o devedor não efetua pagamento no tempo, ou lugar convencionados. Com efeito, a mora constitui-se ex re, isto é, decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento, motivo

pelo qual não cabe qualquer inquirição a respeito do montante ou origem da dívida, para a aferição da configuração da mora.
2. Orienta o enunciado da Súmula 369/STJ que, no contrato de arrendamento mercantil (leasing), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora. Contudo, cumpre ressaltar que essa notificação é apenas, a exemplo dos contratos garantidos por alienação fiduciária, mera formalidade para a demonstração do esbulho e para propiciar a oportuna purga da mora (antes do ajuizamento da ação de reintegração de posse).
3. Por um lado, a própria redação atual do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é expressa a respeito de que a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento. Por outro lado, conforme a atual redação do mencionado dispositivo, promovida pela Lei n. 13.043/2014, o entendimento até então consagrado pela jurisprudência do STJ, acerca da necessidade de notificação via cartório, foi considerado, por própria opção do legislador, formalidade desnecessária.
4. Consoante a lei vigente, para a comprovação da mora, basta o envio de notificação por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante no referido aviso seja a do próprio destinatário. Com efeito, como não se trata de ato necessário para a caracterização/constituição da mora -que é ex re -, não há impossibilidade de aplicação da nova solução, concebida pelo próprio legislador, para casos anteriores à vigência da Lei n. 13.043/2014.
5. Com efeito, a demonstração da mora em alienação fiduciária ou leasing -para ensejar, respectivamente, o ajuizamento de ação de busca e apreensão ou de reintegração de posse -pode ser feita mediante protesto, por carta registrada expedida por intermédio do cartório de títulos ou documentos, ou por simples carta registrada com aviso de recebimento -em nenhuma hipótese, exige-se que a assinatura do aviso de recebimento seja do próprio destinatário.
6. Recurso especial provido.

REsp 1.292.182/SC, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão,** Dje de 16/11/2016.

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. CONSTITUIÇÃO DA MORA NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. SÚMULAS N. 7 E 83/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
1. Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para a constituição em mora na ação de busca e apreensão é imprescindível a comprovação de encaminhamento de notificação extrajudicial ao endereço constante do contrato, bem como de seu efetivo recebimento, ainda que não pessoalmente pelo devedor. AgRg no AREsp

467.074/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, DJe de 04/09/2014. (grifos nossos)
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO PROCESSO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. VALIDADE. AÇÃO REVISIONAL. SÚMULA N. 380/STJ. MORA DO DEVEDOR CARACTERIZADA. DECISÃO MANTIDA.
1. Ausente o enfrentamento da matéria pelo acórdão recorrido, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, inviável o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211/STJ.
2. Conforme a jurisprudência desta Corte, nos pedidos de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, é dispensável a notificação pessoal do devedor para comprovação de sua mora, bastando, para tanto, a remessa de notificação extrajudicial a seu endereço.
3. "Por um lado, a própria redação atual do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 é expressa a respeito de que a mora decorre do simples vencimento do prazo para pagamento. Por outro lado, conforme a atual redação do mencionado dispositivo, promovida pela Lei n. 13.043/2014, o entendimento até então consagrado pela jurisprudência do STJ, acerca da necessidade de notificação via cartório, foi considerado, por própria opção do legislador, formalidade desnecessária" (REsp 1.292.182/SC, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 29/09/2016, DJe 16/11/2016).
4. Conforme o entendimento consolidado na Súmula n. 380/STJ, "a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor", necessitando-se, para esse fim, de comprovada abusividade dos encargos exigidos no período de normalidade contratual.
5. Agravo interno a que se nega provimento.

AgInt no AREsp 1514681/MS, Rel. Min. **Antonio Carlos Ferreira**, DJe de 22/11/2019.
AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL REALIZADA NO ENDEREÇO CONTRATUAL DO DEVEDOR. MORA COMPROVADA. AGRAVO PROVIDO.
1. Conforme entendimento firmado no âmbito da Quarta Turma do STJ, "a demonstração da mora em alienação fiduciária ou leasing -para ensejar, respectivamente, o ajuizamento de ação de busca e apreensão ou de reintegração de posse -pode ser feita mediante protesto, por carta registrada expedida por intermédio do cartório de títulos ou documentos, ou por simples carta registrada com aviso de recebimento -em nenhuma hipótese, exige-se que a assinatura do aviso de recebimento seja do próprio destinatário" (REsp 1.292.182/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO,

> QUARTA TURMA, julgado em 29/09/2016, DJe de 16/11/2016).
>
> 2. Logo, o envio da notificação extrajudicial ao endereço contratual do devedor é suficiente para constituí-lo em mora decorrente do inadimplemento de contrato de alienação fiduciária. Precedentes.
> 3. Agravo interno provido.
>
> AgInt nos EDcl no AREsp 1472737/SC, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 17/10/2019.

Nesse sentido: REsp 1.983.984/SP, Rel. Min. **Antonio Carlos Ferreira**, Dje de 21/02/2022 (decisão monocrática); AgInt no AREsp n. 1.533.250/MT, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, DJe de 28/05/2020; AgInt no REsp n. 1.892.591/SP, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 23/2/2021; REsp 1.974.507/RS, Rel. Min. **Marco Buzzi**, DJe de 21/02/2022 (decisão monocrática); AgInt no REsp 1927802/RS, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 26/08/2021; AgInt no AREsp 1125547/RS, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, DJe de 28/03/2019; AREsp 2018780/GO, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, Dje de 18/02/2022 (decisão monocrática); REsp 1.969.457/AC, Rel. Min. **Marco Buzzi**, DJe de 17/02/2022 (decisão monocrática); AgInt no AREsp 1.969.005/SP, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, Dje de 11/02/2022;REsp 1.974.365/MT, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão** , DJe de 08/02/2022; AgInt nos EDcl no AREsp n. 1472737/SC, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 17/10/2019; AgInt no AREsp 1863716/PR, Rel. Min. **Antonio Carlos Ferreira**, DJe de 23/09/2021; AgInt no REsp 1956111/MT, Rel. Min. **Marco Buzzi**, DJe de 01/12/2021; AgInt no AREsp 1116488/RS, Rel. Min. **Maria Isabel Gallotti**, DJe de 14/12/2017; REsp 2.039.753/RS, Rel. Min. **Antonio Carlos Ferreira**, DJe de 01/12/2022 (decisão monocrática); AREsp 2.238.216/RS, Rel. Min. **Marco Buzzi**, DJe de 28/11/2022 (decisão monocrática); REsp 2.034.076/RS, Rel. Min. **João Otávio de Noronha**, DJe de 09/11/2022 (decisão monocrática).

Referidos julgados corroboram a compreensão acerca da **maturidade** da temática ora em liça, de modo a demonstrar que a matéria já foi suficientemente discutida e consta examinada por todos os Ministros que compõem esta eg. Segunda Seção, pelo que o julgamento dessa controvérsia vem ao encontro da noção de **efetividade e racionalidade** da Justiça, em decorrência lógica dos efeitos advindos da sistemática dos recursos repetitivos.

É certo, pois, que a aplicação das disposições do Decreto-Lei n.911/69, com as alterações trazidas pela Lei n.º 14.043/2014, contribuiu de forma significativa nos últimos anos para o crescimento do mercado de crédito, propiciando, em razão de suas características, maior segurança para a realização de

operações de crédito, bem como propiciou melhor agilidade e eficiência ao processo de execução dos créditos inadimplidos.

Nessa medida, para a formação do precedente em recurso repetitivo, propõe-se ao eg. colegiado da Segunda Seção, a fixação da seguinte tese:

> **"Em ação de busca e apreensão, fundamentada em contratos garantidos por alienação fiduciária (art. 2º, §2º, do Decreto-lei n.º 911/69), a comprovação da mora se realiza com** o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual e a sua efetiva entrega, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário."

2. Do caso concreto:

Na hipótese, o ora **recorrente** ajuizou contra **Leonardo da Luz Gomes** ação de busca e apreensão de bem móvel, em razão de inadimplemento contratual, fundamentada no Decreto-Lei n.º 911/69, tendo em conta a pactuação, entre as partes, de contrato de alienação fiduciária em garantia.

A exordial noticiou a celebração, em 30/09/2019, de contrato de financiamento pelo qual o requerido se obrigou a pagar o valor de R$ 35.565,72 (trinta e cinco mil e quinhentos e sessenta e cinco reais e setenta e dois centavos), em 48 (quarenta e oito) parcelas mensais iguais e sucessivas, no importe de R$ 879,41 (oitocentos e setenta e nove reais e quarenta e um centavos), com vencimento previsto a partir de 05/11/2019. Em garantia, alienou-se em favor do credor, veículo automotor, da marca SSangYong, modelo Kyron, ano 2010. (fls. 43/48) Contudo, o devedor fiduciário não adimpliu a parcela 001, vencida em 05/11/2019, bem como as subsequentes, dando ensejo a notificação extrajudicial, com o envio de correspondência ao endereço indicado no contrato (fls. 52/53) e ao pedido de busca e apreensão ora em voga. (fls. 3/8)

O r. juízo *a quo*, com fundamento no art. 485, incisos I e IV, do Código de Processo Civil (CPC), indeferiu *in limine* a petição inicial, sob o argumento de que não teria sido válida a constituição em mora, porquanto realizada apenas pelo envio de correspondência, sem o efetivo recebimento, de quem quer que seja, no endereço informado no contrato. Ademais, não houve a realização de outras tentativas, pela casa bancária, de comprovação da mora do devedor. (fls. 119/120)

O eg. Tribunal de origem, por unanimidade de votos, manteve na integralidade a sentença, nos termos da seguinte ementa:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENA-

> ÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 485, INCISO IV). NO CASO, A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO DECLINADO NO CONTRATO RESTOU FRUSTRADA, NÃO TENDO O BANCO AUTOR PROMOVIDO OUTRAS TENTATIVAS DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. EXTINÇÃO, FORTE NO ARTIGO 485, INCISO IV, DO CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA. (fls. 152/160)

Daí o presente recurso especial no qual a insurgente aponta, além do dissídio jurispru-dencial, violação ao artigo 2º, § 2º do Decreto-Lei nº 911/1969. Argumenta, em resumo: **i)** que o simples envio da correspondência para o endereço indicado no contrato é suficiente para a comprovação da mora, considerando a dispensa legal para que a notificação seja recebida pelo próprio devedor; **ii)** *"(...) recorrido celebrou o contrato em setembro de 2019 e veio a inadimplir desde a primeira parcela, vencida em 05.11.2019, nada pagando desde então. Neste esteio, há mais de um ano, o credor fiduciário vem sendo privado dos valores que lhes são devidos, o que, por si só, justifica a apreensão do veículo, sob pena do Poder Judiciário tutelar a má-fé ."* (fls. 163/195)

Com efeito, aplicando-se a tese ora proposta, segundo a qual em ação de busca e apreensão, fundamentada em contratos garantidos por alienação fiduciária (art. 2º, §2º, do Decreto-lei n.º 911/69), a comprovação da mora se realiza com o envio e efetivo recebimento da notificação extrajudicial no endereço do devedor indicado no instrumento contratual, é de rigor o desprovimento do apelo recursal porquanto inexistente a demonstração de constituição em mora do ora recorrido, uma vez inocorrente, no caso *sub judice*, a demonstração do recebimento da notificação, por quem que seja, junto ao endereço do devedor.

3. Do exposto, conheço do apelo nobre e, nessa extensão, nego-lhe provimento.

Deixo de majorar os honorários recursais nos termos do § 11 do art. 85 do CPC/15, em razão da inexistência de prévia fixação na origem.

É o voto.

RATIFICAÇÃO DE VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Eminentes pares,

Na assentada do dia 12/04/2023, este signatário apresentou voto-vista para, ratificando manifestação originalmente proferida, reiterar proposta de fixação da seguinte tese:

> Em ação de busca e apreensão, fundamentada em contratos garantidos por alienação fiduciária (art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n.º 911/69), a comprovação da mora se realiza com o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual e a sua efetiva entrega, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário.

Em posição divergente, o e. Ministro João Otávio de Noronha defende a fixação de tese que, em resumo, dispensa a prova do recebimento da referida notificação para fins de comprovação da mora.

Cumpre ressaltar alguns fundamentos – e acrescentar outros – no que tange à tese defendida por este signatário.

1. Delimitação da tese.

Destacou-se, tanto na oportunidade do voto primevo, quanto na ocasião do voto-vista desta relatoria, que a referida tese se aplica – exclusivamente – sobre quadros fático-jurídicos nos quais: (i) **houve efetivo recebimento da notificação, ainda que por terceiro (subsunção perfeita aos termos da tese, em que se reconhece a comprovação da mora)**; (ii) **houve retorno do aviso com anotação de "ausente" (aplicação da tese a *contrario sensu* porquanto, como consectário lógico e necessário, não houve comprovação da mora)**.

2. Necessidade de dirimir a controvérsia mediante a aplicação da sistemática dos recursos repetitivos.

Embora existam outras controvérsias jurídicas envolvendo o envio de notificação para o endereço do devedor, os **dois quadros fáticos acima citados**, compreendidos na delimitação da tese, possuem a **mesma *ratio decidendi*** e **inequívoca multiplicidade** – **verdadeira infinidade de processos de mesmo teor** –, pelo que é, sim, oportuna a fixação do precedente qualificado nessa extensão.

Na base de julgados desta Corte Superior, acessível a todos, encontram-se **centenas de deliberações judiciais, colegiadas e monocráticas, no mesmo norte da tese proposta por este signatário**, isto é, no sentido de ser **imprescindível a efetiva entrega da carta no endereço informado, ainda que não seja recebida pelo próprio devedor.** Dentre tais julgados, citam-se os seguintes precedentes -recentíssimos - de ambas as Turmas de Direito Privado:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO ENVIADA POR CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBI-

MENTO. DEVOLUÇÃO COM A INFORMAÇÃO "AUSENTE ". MORA NÃO COMPROVADA. EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
1. Inexiste ofensa ao art. 1.022 do CPC quando a corte de origem examina e decide, de modo claro e objetivo, as questões que delimitam a controvérsia, não ocorrendo nenhum vício que possa nulificar o acórdão recorrido.
2. Para os contratos garantidos por alienação fiduciária, a mora se configura automaticamente quando vencido o prazo para o pagamento -mora ex re -, mas, considerando o teor da Súmula n. 72 do STJ, é imprescindível a comprovação da mora para o prosseguimento da ação de busca e apreensão.
3. Nas hipóteses de alienação fiduciária, a mora deve ser comprovada por meio de notificação extrajudicial expedida por cartório de títulos e documentos ou por carta registrada com aviso de recebimento e entregue no domicílio do devedor, sendo dispensada a notificação pessoal.
4. No caso em que a notificação extrajudicial retorna com a informação "ausente", é correta a extinção da ação de busca e apreensão em razão da ausência de comprovação da mora, tendo em vista que a notificação expedida não foi entregue no endereço do devedor.
5. Agravo interno desprovido.
(**AgInt no AREsp n. 2.080.682/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma**, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023, grifado)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. CONSTITUIÇÃO EM MORA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. DECISÃO MANTIDA.
(...) **2. É assente nesta Corte o entendimento de que "a notificação apresentada não tem validade para constituição em mora se não foi entregue no endereço do devedor, não podendo ser presumida sua má-fé por encontrar-se ausente no momento da entrega" (AgInt no REsp n. 1.929.336/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe 1°/12/2021).**
(...) 6. Agravo interno a que se nega provimento.
(**AgInt no AREsp n. 2.155.694/RR, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 12/12/2022**, DJe de 15/12/2022, grifado)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. COMPROVAÇÃO DA MORA. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ.
1. Apesar de considerar desnecessário o recebimento da notificação pelo próprio de-

vedor, exige-se, ao menos, a comprovação de que efetivamente houve recebimento no endereço do seu domicílio. Precedentes.
2. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.
3. Agravo interno a que se nega provimento. (**AgInt no AgInt no AREsp n. 1.821.668/SP**, **relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 28/11/2022**, DJe de 2/12/2022, grifado)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO DECLARADO PELA FIDUCIANTE MAS NÃO ENTREGUE. MOTIVO MUDOU-SE. MORA NÃO COMPROVADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO NCPC. AFASTAMENTO. SÚMULA N.º 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
(...) 2. Nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n.º 911/1969, "a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".
3. No caso, a notificação não foi recebida porque a devedora estava ausente, e não havia nenhuma outra pessoa no imóvel, não podendo ser presumida sua má-fé por não estar ela presente no momento da entrega. Precedentes. Incidência da Súmula n.º 83 do STJ.
3. Para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal estadual - a fim de afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração, que foram considerados protelatórios -, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial por incidir o óbice da Súmula n.º 7 do STJ.
4. Agravo interno não provido. (**AgInt no AREsp n. 2.168.221/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/11/2022**, DJe de 11/11/2022, grifado)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. **COMPROVAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃOEXTRAJUDICIAL. AVISO DE RECEBIMENTO (AR) COM INFORMAÇÃO "AUSENTE". AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO RECEBIMENTO NO ENDEREÇO.** REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.
1. Ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciaria-

mente. (...) **3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, para a busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária, necessária a comprovação da mora por meio da notificação extrajudicial do devedor, realizada por intermédio de carta registrada enviada por Cartório de Títulos e Documentos, com a efetiva entrega da notificação no seu endereço cadastral, apenas dispensando-se a notificação pessoal. Precedentes.**
4. O reexame fático probatório é inadmissível em recurso especial.
5. Agravo interno não provido.
(**AgInt no AREsp n. 2.119.740/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi,**
Terceira Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 21/9/2022, grifado)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. ENTREGA FRUSTRADA. DEVEDOR AUSENTE. INVALIDADE. MÁ-FÉ. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser insuficiente para a constituição em mora a notificação extrajudicial devolvida em virtude da ausência do devedor no momento da entrega, não sendo possível a presunção de má-fé.
3. Agravo interno não provido.
(**AgInt no REsp n. 1.957.682/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/8/2022**, DJe de 15/8/2022, grifado)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO QUE NÃO FOI RECEBIDA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR PORQUE AUSENTE. MORA NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.
1. Esta Corte tem entendimento de que a entrega da notificação no endereço do devedor fornecido no contrato, ainda que recebida por terceira pessoa, é bastante para constituí-lo em mora.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a notificação apresentada não tem validade para constituição em mora se não foi entregue no endereço do devedor, não podendo ser presumida sua má-fé por encontrar-se ausente no momento da entrega" (AgInt no REsp 1.929.336/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe de 1º/12/2021).
3. Na hipótese, a notificação não foi recebida porque o devedor estava ausente, inexistindo qualquer outra pessoa no imóvel.
4. Agravo interno a que se nega provimento.

(**AgInt no AREsp n. 2.003.589/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/4/2022**, DJe de 13/5/2022, grifado)

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO NÃO EFETIVADA. DEVEDOR AUSENTE. SÚMULA 83 DO STJ.
1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, ainda que dispensada a notificação pessoal, é válida para a constituição em mora, o que não ocorreu no presente caso.
2. "Inviabilidade de se extrair do simples fato da ausência do devedor de sua residência qualquer conduta contrária à boa-fé objetiva." (REsp 1848836/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2020, Dje 27/11/2020)
3. Agravo interno não provido.
(**AgInt no REsp 1.978.852/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão,**
Quarta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe 31/8/2022, grifado).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. CONSTITUIÇÃO DA MORA NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. SÚMULAS N. 7 E 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. COTEJO ANALÍTICO NÃO EFETUADO. DECISÃO MONOCRÁTICA. IMPRESTABILIDADE À COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
1. De fato, dispõe o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/1969 que "a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".
2. Contudo, o entendimento mais recente da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nos contratos regidos pelo Decreto-Lei n. 911/1969, o simples fato de o devedor estar ausente de sua residência não importa em violação à boa-fé objetiva, exigindo-se, para a comprovação da mora, a efetiva entrega da notificação no seu endereço cadastral.
3. Na hipótese dos autos, ficou consignado que a única tentativa de notificação extrajudicial expedida ao endereço constante no contrato, para fins de comprovação da mora do devedor, foi devolvida com a anotação "ausente", concluindo o Colegiado estadual, por esse motivo, que o procedimento foi insuficiente para alcançar a finalidade pretendida pelo credor, já que a carta não foi efetivamente entregue no endereço do destinatário. (...) 6. Agravo interno improvido.
(**AgInt no REsp n. 1.955.579/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Tur-**

ma, julgado em 22/11/2021, DJe de 25/11/2021, grifado)

A quantidade de precedentes no mesmo sentido da tese proposta por esta relatoria, **envolvendo exclusivamente os casos concretos compreendidos na respectiva delimitação**, demonstra, inequivocamente, a **urgente necessidade do precedente qualificado.**

Citam-se, a propósito: AgInt no REsp n. 1.927.802/RS, relator **Ministro Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, julgado em 23/8/2021, DJe de 26/8/2021; AgInt no REsp n. 1.928.759/DF, relator **Ministro Moura Ribeiro**, Terceira Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 8/6/2021; AgInt no REsp n. 1.911.754/RS, relator **Ministro Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 14/5/2021; REsp n. 1.848.836/RS, relator **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 27/11/2020; AgInt no AREsp n. 1.516.819/RJ, relator **Ministro Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 7/10/2020; AgInt no REsp n. 1.829.084/RS, relator **Ministro Raul Araújo**, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe de 19/12/2019; AgInt no AREsp n. 1.343.491/MS, relator **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, julgado em 10/6/2019, DJe de 14/6/2019; AgInt no REsp n. 1.726.367/SP, relator **Ministro Lázaro Guimarães** (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 11/9/2018, DJe de 17/9/2018; AgRg no AREsp n. 770.030/PR, relator **Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva**, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe de 4/2/2016; AgRg no AREsp n. 501.962/RS, relator **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, julgado em 10/3/2015, DJe de 16/3/2015; AgRg no AREsp n. 467.074/RS, relator **Ministro Marco Buzzi**, Quarta Turma, julgado em 21/8/2014, DJe de 4/9/2014; AgRg no REsp n. 1.379.274/SP, relator **Ministro Raul Araújo**, Quarta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe de 13/5/2014; AgRg no AREsp n. 397.372/RS, relator **Ministro Raul Araújo**, Quarta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe de 13/5/2014; AgRg no AREsp n. 416.645/SC, relator **Ministro Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, julgado em 18/2/2014, DJe de 24/2/2014; AgRg no REsp n. 1.358.155/SP, relator **Ministro Sidnei Beneti**, Terceira Turma, julgado em 25/6/2013, DJe de 1/8/2013; AgRg no REsp n. 1.249.864/SC, relator **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, julgado em 6/11/2012, DJe de 13/11/2012; AgRg no REsp n. 1.256.537/SC, relator **Ministro Massami Uyeda**, Terceira Turma, julgado em 9/8/2011, DJe de 18/8/2011; AgRg no Ag n. 1.315.109/RS, relator **Ministro Raul Araújo**, Quarta Turma, julgado em 1/3/

2011, DJe de 21/3/2011; AgRg no REsp n. 659.582/RS, relator **Ministro Sidnei Beneti**, Terceira Turma, julgado em 4/11/2008, DJe de 26/11/2008.

Ademais, conforme exaustivamente exposto nos votos anteriormente proferidos, **a tese possui maturidade de sobra em termos de jurisprudência**, pois a solução jurídica proposta – a qual segue, rigorosamente, o texto legal pertinente (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei 911/69) e a Súmula nº 72/STJ – tem sido reproduzida há mais de 25 anos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, confiram-se:

> ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. NOTIFICAÇÃO. **PARA A NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR (SUMULA 72), NÃO BASTA A EXPEDIÇÃO DA CARTA, MAS O SEU RECEBIMENTO PELO DEVEDOR**. RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp n. 146.264/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 10/11/1997, DJ de 15/12/1997, p. 66446, grifado)
>
> CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEL 911/69, ART. 2º, § 2º. MORA. NOTIFICAÇÃO. EXPEDIÇÃO DA INTIMAÇÃO PELO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. INDISPENSABILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE RECEBIMENTO POR PARTE DO DEVEDOR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. RECURSO PROVIDO.
>
> -Nos termos do enunciado da Sum. 72/STJ, a comprovação da mora é requisito indispensável para a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. **Tem-se por imprescindível, por outro lado, a prova de que a notificação expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos tenha sido entregue ao devedor.**
> (REsp n. 101.544/DF, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 9/6/1998, DJ de 21/9/1998, p. 168, grifado)

Acrescenta-se, ainda, que **outras controvérsias jurídicas atinentes à mesma temática** – a exemplo da hipótese em que o devedor mudou de endereço sem informar o credor (violação de boa-fé) – **poderão, oportunamente, ser objeto de possível afetação e fixação de tese vinculante**, caso demonstrados, como nos presentes autos, os requisitos de multiplicidade e maturidade jurisprudencial.

Inviável, porém, como pretende a divergência em seu voto primevo, equiparar quadros fático-jurídicos distintos – um em que há violação de boa-fé e outro em que não há – em uma mesma afetação, sob pena de inconsistência da tese que se pretende ora fixar.

Por fim, salienta-se: o presente julgamento confere ao colegiado da Segunda Seção a oportunidade de sedimentar jurisprudência, repita-se, há

muito reproduzida por esta Corte, a qual **nada mais representa senão -rigorosamente -o comando previsto no Decreto-Lei nº 911/69**.

O motivo pelo qual o legislador não dispensou, nessas situações narradas nos autos, a comprovação da efetiva entrega da notificação é evidente: **é que o envio e a chegada de tal missiva no destino ajustado demonstra que, ao devedor, efetivamente, franqueou-se a possibilidade de purgação da mora antes de se apreender a coisa móvel até então sob sua posse**.

A rigor, a medida de busca e apreensão é inegavelmente violenta, e a única forma – prevista pelo legislador – de assegurar sua necessidade-utilidade é a demonstração da inércia do devedor após efetivo recebimento da notificação. Sem isso,

o rito estabelecido pelo Decreto-Lei nº 911/69 (que já é sumaríssimo) **adquire dimensão teratológica, pois tende a se transformar em um impulsivo "sequestro em massa" de veículos país afora, sem que se viabilize ao consumidor, nos termos da lei e do ajustado, a efetiva oportunidade de purgar a mora**.

Não pode prosperar, portanto, a tese divergente que, ao arrepio da norma e da jurisprudência, dispensa a prova da entrega da notificação no destino avençado pelos contratantes.

3. Higidez de ambos os recursos (casos concretos) afetados para fins de fixação da tese.

Quando da aplicação ou desenlace da tese jurídica, não se pode perder de vista que o recurso especial possui efeito devolutivo limitado ao que efetivamente fora prequestionado na origem, não sendo cabível o revolvimento ou exame direto do acervo fático-probatório por esta instância extraordinária.

Em relação a um dos casos concretos, a saber, o REsp nº 1951662/RS, alegou-se – em sede de debates – que teria havido um protesto superveniente, isto é, após o insucesso da notificação, o credor teria adotado tal providência. **Ocorre que essa questão não foi devidamente prequestionada, tampouco especificamente devolvida a esta Corte Superior no recurso especial**, sendo, portanto, inviável a esse órgão fracionário apreciá-la em sede deste reclamo, ante o efeito devolutivo limitado.

A rigor, não consta uma única linha declinada no acórdão do Tribunal Gaúcho (fls. 152/160, e-STJ) a tratar analiticamente dessa circunstância fática, tampouco foram opostos embargos declaratórios.

Efetivamente, nos casos devolvidos ao exame do STJ, as notificações enviadas pelo credor fiduciário retornaram com a indicação de não entrega por es-

tar o devedor **ausente**, ou seja, não foram recebidas sequer por terceiros, fato que, segundo a vastíssima jurisprudência desta Corte, não implica a comprovação da mora.

Portanto, em ambas as ocorrências concretas, a questão jurídica prequestionada e efetivamente devolvida a julgamento desta Corte Superior **está inteira e indissociavelmente relacionada à fixação da tese ora em discussão**.

Ainda que assim não fosse, a proposta desta relatoria, quanto à tese, não ficaria prejudicada porque a circunstância fática em comento -eventual protesto posterior, repisa-se, não analisado pelo Tribunal *a quo* - **diz respeito a apenas um dos recursos** (Resp 1951662) e a afetação de controvérsias em duplicidade se presta, justamente, a afastar o risco de que questões ligadas ao caso concreto prejudiquem a formação do precedente qualificado.

4. Conclusões.

É mais do que oportuna - reitere-se, **é urgente** - a pacificação definitiva da matéria por meio da sistemática dos repetitivos, apta a conferir segurança jurídica ao sistema de alienação fiduciária e, consequentemente, aos agentes econômicos nele inseridos.

Eventual desafetação acabaria por reanimar discussões jurídicas sobre as duas hipóteses compreendidas na tese, enfraquecendo, além do texto legal, toda a jurisprudência já consolidada em torno delas, e movimentando -de forma absolutamente desnecessária -a já sobrecarregada "máquina" do Poder Judiciário.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI: Cuida-se dos Recursos Especiais nº 1.951.662/RS e 1.951.888/RS, interpostos no bojo de ações de busca e apreensão indeferidas na origem em razão da casa bancária (credora) não ter cumprido a determinação legal de **comprovação da mora do devedor**, para a qual, segundo o Tribunal de origem, não se presta o mero envio de correspondência ao endereço informado no contrato, sem que tenha havido efetivo recebimento.

Nos reclamos, aponta-se, além do dissídio jurisprudencial, violação ao **artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/1969** ao argumento de que o simples envio da correspondência para o endereço indicado no contrato é suficiente para a comprovação da mora, considerando a dispensa legal para que a notificação seja recebida pelo próprio devedor.

Esta Segunda Seção, por unanimidade de votos, deliberou submeter a controvérsia ao rito dos recursos especiais repetitivos.

Trazidos os feitos a julgamento, propôs-se a fixação da se-

guinte tese, visando à formação do precedente qualificado:

> Em ação de busca e apreensão, fundamentada em contratos garantidos por alienação fiduciária (art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n.º 911/69), a comprovação da mora se realiza com o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual e a sua efetiva entrega, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário.

Quanto aos casos concretos, com base na tese então proposta, negou-se provimento aos apelos recursais ante a inexistente demonstração de constituição em mora dos ora recorridos, porquanto não verificada, em ambos os casos *sub judice*, a demonstração do efetivo recebimento da notificação junto ao endereço do devedor, por quem quer que fosse.

Seguiu-se pedido de vista do e. Ministro João Otávio de Noronha, que abriu divergência para dar provimento aos recursos especiais, reformando o acórdão recorrido e invertendo, via de consequência, os ônus sucumbenciais.

Sua Excelência afirma, em síntese, que a opção do legislador pela palavra "poderá" (art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69) denota dispensabilidade/não exigência da prova do recebimento, motivo pelo qual defende: "*para a comprovação da mora nos contratos de alienação fiduciária, é suficiente o envio da notificação extrajudicial do devedor no endereço indicado no instrumento contratual, sendo, portanto, dispensável a prova ou a assinatura do recebimento*". Em outras palavras, no propósito de comprovação da mora, bastaria ao credor "*demonstrar tão somente o comprovante do envio da notificação com aviso de recebimento ao endereço do devedor indicado no contrato*".

Para amparar a tese divergente, o insigne Ministro Noronha colaciona, em seu voto, precedentes desta Corte Superior nos quais a notificação extrajudicial, enviada ao endereço indicado no contrato, não entregue em virtude da **mudança do devedor**, ou seja, fora devolvida com anotação de "**mudou-se**", **hipótese específica distinta dos casos concretos afetados.**

A divergência menciona, também, o Agint no Agint no AREsp nº 2.063.991/MS (relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19/09/22) e o Agint no AREsp nº 876.487/PR (relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 15/09/2016), **precedentes que, em evidente contraste com a própria tese divergente, reforçam, *data venia*, a vasta jurisprudência em que se baseia a tese perfilhada por esta relatoria**.

Ante a relevância do tema e com o propósito de melhor analisar os fundamentos do douto voto divergente, pediu-se vista dos autos.

É o relatório.

Passa-se ao voto.

Com a devida vênia do e. Ministro João Otávio de Noronha e dos demais colegas que eventualmente comunguem do seu posicionamento, **mantém-se a tese proposta inicialmente**, bem como os respectivos votos no sentido de negar provimento a ambos os recursos especiais afetados.

A tese foi assim redigida, reitera-se:

> Em ação de busca e apreensão, fundamentada em contratos garantidos por alienação fiduciária (art. 2º, §2º, do Decreto-lei n.º 911/69), a comprovação da mora se realiza com o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual e a sua efetiva entrega, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário.

1. Esclarecimentos sobre a delimitação da tese.

No que se refere à **delimitação dos casos compreendidos pela tese vinculante**, vale transcrever o seguinte trecho do voto já proferido:

> De início, cabe pontuar: a tese a qual se pretende firmar está limitada à temática acima aludida, solucionando exclusivamente casos nos quais se questiona a comprovação da mora porque a notificação, enviada ao endereço indicado pelo devedor, foi efetivamente recebida, mas por outra pessoa. Uma vez definida a necessidade de efetivo recebimento (ou não) da notificação, restarão resolvidas, como consectário lógico, situações nas quais a notificação – repita-se, enviada ao endereço do devedor – retornou com aviso de "ausente". Sobre esse contexto fático, conforme será demonstrado mais adiante, há vasta jurisprudência a amparar a formação de precedente qualificado.
> **Outras controvérsias, ainda que atinentes ao envio de notificação com o mesmo propósito, não estão aqui contempladas, tais como a insuficiência do endereço do devedor** (ut. Agint no REsp 1.292.182/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje de 16/11/2016), **o eventual extravio do aviso de recebimento** (ut. REsp 1.828.778/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 29/8/2019), **bem como a indicação "mudou-se" contida no aviso de recebimento** (ut. AgInt no AREsp 2168221/RJ, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 11/11/2022). **Nada impede, todavia, que essas temáticas sejam [examinadas], em tempo oportuno, com a maturidade e consolidação necessária da jurisprudência, objeto de afetação ao rito dos repetitivos.** (grifos nossos)

Com efeito, há inúmeras possibilidades de controvérsias a respeito da notificação de que trata o art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69. Ora, caso fosse possível prognosticar/prever uma situação absolutamente linear de envio-recebimento, não haveria, nos envelopes das correspondências, campos para marcação constando: "mudou-se", "endereço insuficiente", "não existe o nº indicado", "falecido", "desconhecido", "recusado", "ausente", "não procurado" e, ainda, espaço para especificar outras intercorrências inviabilizadoras da entrega, dentre as quais, a título meramente exemplificativo, pode-se citar "localidade não integrada ao serviço postal", "local inalcançável por força de evento natural", entre outros.

Portanto, repisa-se, a tese proposta por esta relatoria contempla, por critério de *ratio decidendi*, quadros fático-jurídicos nos quais: **(i) houve efetivo recebimento da notificação, ainda que por terceiro** (subsunção perfeita aos termos da tese, em que se reconhece a comprovação a mora); **(ii) houve retorno do aviso com anotação de "*ausente*"** (aplicação da tese *a contrario sensu* porquanto, como consectário lógico e necessário, não houve comprovação da mora).

Essas duas controvérsias são dirimidas, repisa-se, pela mesma -vasta e suficientemente madura - jurisprudência, cuja *ratio decidendi* decorre da literalidade da própria lei (art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 911/69), que, com efeito, "***dispensou apenas que a assinatura constante do referido aviso [aviso de recebimento] seja do próprio destinatário***", ou seja, "**é dizer que não foi dispensada a entrega, mas somente a assinatura do devedor**" (REsp n. 1.848.836/RS, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 27/11/2020).

1.1 Divergência inaugurada sem amparo em jurisprudência.

Dito isso, cumpre constatar - *data maxima venia* - que os 5 (cinco) julgados colacionados pelo e. Ministro João Otávio de Noronha no intuito de embasar a tese divergente, **ou reafirmam jurisprudência contrária à própria tese defendida por Sua Excelência** (caso dos REsps Agint no Agint no AREsp nº 2.063.991/MS e Agint no AREsp nº 876.487/PR, ambos da Terceira Turma, citados às fls. 9 do voto divergente) **ou versam sobre hipóteses nitidamente distintas nas quais incide, por isso mesmo, outra *ratio decidendi***, a exemplo da violação da boa-fé objetiva verificada quando o devedor muda de endereço sem comunicar o credor (REsp nº 1.828.778/RS, Terceira Turma, fl.

8 do voto divergente; AgInt no AREsp nº 2.096.404/SP e AgInt no AREsp nº 1.805.403/RJ, ambos da Quarta Turma, fls. 8 e 9 do aludido voto).

A hipótese de mudança de endereço sem a devida comunicação, em que há violação da boa-fé objetiva, não pode ser confundida, evidentemente, com o caso dos autos, **no qual o devedor não fora encontrado em casa**, pois, conforme lúcido e unânime acórdão da Terceira Turma, lavrado pelo e. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (REsp n. 1.848.836/RS, DJe de 27/11/2020), **as razões de decidir são diferentes, "não se podendo extrair do simples fato da ausência do devedor de sua residência qualquer conduta contrária à boa-fé objetiva"**.

Em síntese, **entende-se equivocada a compreensão exposta no voto do e. Ministro Noronha, segundo a qual haveria jurisprudência firme a amparar a aplicação de sua tese a casos como o presente, em que não há qualquer circunstância que indique violação de boa-fé objetiva**.

Não é possível, pois, aplicar a mesma compreensão jurídica para um caso em que constatada má-fé e outro no qual inexista qualquer indício dessa circunstância, punindo-se, na segunda hipótese, v.g., o trabalhador que, em horário comercial, encontra-se em endereço profissional. Foi o que se cogitou no caso concreto analisado pela Terceira Turma, *in verbis*:

> (...) Observa-se, ademais, que as **três tentativas de entrega da notificação foram realizadas na primeira quinzena de janeiro (mês de veraneio), no período da tarde, durante o horário comercial, de modo que é bastante plausível, a julgar pelo que ordinariamente acontece, que o devedor estivesse, ou em viagem de férias, ou em seu local de trabalho, não sendo possível afirmar, nessas circunstâncias, que a ausência do devedor em seu endereço pudesse configurar violação à boa-fé objetiva.** Controvérsia análoga à presente já foi enfrentada por esta Turma, tendo-se entendido, embora para o caso da alienação fiduciária de imóvel, que a ausência do devedor no endereço não dispensa a credora de tentar promover a entrega da notificação por outros meios.

O próprio Ministro Noronha é relator de três recentíssimos precedentes da Quarta Turma, nos quais extinta a ação de busca e apreensão porquanto "***não se presume a má-fé se a notificação extrajudicial para constituir em mora o devedor é devolvida sem cumprimento***" (AgInt no REsp n. 2.040.781/RS, AgInt no AREsp n. 2.080.682/SP, e AgInt

no REsp n. 2.034.073/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgados em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023).

Nesse sentido, cumpre reafirmar os contornos em que delimitada a tese proposta por este signatário, cujo critério é a mesma razão de decidir, a fim afastar hipóteses distintas que têm sido solucionadas por outros fundamentos ou que não tenham, ainda, suficiente maturidade jurisprudencial para formar um precedente qualificado.

2. Da clareza e literalidade do Decreto-Lei nº 911/69.

Consoante estabelecido no normativo de regência da matéria - Decreto-Lei nº 911/69, com as alterações incorporadas pela Lei nº 14.043/2014 - a constituição em mora do devedor fiduciário poderá ser comprovada **por carta registrada, com aviso de recebimento**, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

Confira-se, a propósito, a redação da norma em comento:

> "Art. 2º. No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.(...)
> **§ 2º. A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário**." (grifos nossos)

Nos termos do supramencionado dispositivo, é inegável que a mora decorre do simples vencimento do prazo para o pagamento da obrigação, revelando-se de natureza *ex re*. Porém, **para a deflagração do procedimento sumaríssimo de busca e apreensão**, não basta a existência de mora, deve ela ser **devidamente comprovada (Súmula nº 72/STJ)**, tendo o legislador facultado ao credor fiduciário utilizar-se de **carta registrada, com o "aviso de recebimento"**.

Em outras palavras: "*Para os contratos garantidos por alienação fiduciária, a mora se configura automaticamente quando vencido o prazo para o pagamento - mora ex re -, mas, considerando o teor da Súmula n. 72 do STJ,* ***é imprescindível a comprovação da mora para o***

prosseguimento da ação de busca e apreensão". Assim, "*no caso em que a notificação extrajudicial retorna com a informação 'ausente', é correta a extinção da ação de busca e apreensão em razão da ausência de comprovação da mora,* ***tendo em vista que a notificação expedida não foi entregue no endereço do devedor***" (AgInt no AREsp n. 2.080.682/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023).

Conforme princípio basilar da hermenêutica jurídica, **a lei não contém palavras inúteis**. Ora, se fosse vontade do legislador dispensar a prova do efetivo recebimento da notificação, pelo devedor ou por terceiro, indaga-se: por que motivo teria editado um parágrafo inteiro (§ 2º do art. 2º do DL 911/69) para tratar dessa comprovação, abrindo, repita-se, a possibilidade de que terceiros possam assinar o aviso? Bastaria, então, dispensar a assinatura, **mas não o fez**.

2.1 Teratologia da ação de busca e apreensão sem prévia notificação para comprovação da mora.

O motivo pelo qual o legislador não dispensou a comprovação do efetivo recebimento é evidente: **o recebimento da notificação é uma garantia de que, ao devedor, efetivamente, franqueou-se a possibilidade de purgação da mora antes de lhe ser "arrancada" a coisa móvel até então sob sua posse**.

Em síntese, tem-se que a busca e apreensão é uma medida inegavelmente violenta, e a única forma – prevista pelo legislador – de assegurar sua necessidade-utilidade é a demonstração da inércia do devedor após efetivo recebimento da notificação. Sem isso, o rito estabelecido pelo Decreto nº 911/69 (que já é sumaríssimo) **adquire dimensão teratológica, pois tende a se transformar em um impulsivo "sequestro em massa" de veículos país afora, sem que se oportunize ao consumidor - sequer - uma chance de purgar a mora**.

A propósito, eventual subversão do texto legal nessa extensão operaria em evidente **prejuízo à parte hipossuficiente da relação jurídica**, sobretudo o cidadão das classes mais baixas – que mais sofre em situações de crise econômica – e que, muitas das vezes, depende de veículo próprio para auferir renda e, por conseguinte, honrar compromissos e pagar eventuais dívidas.

Se há por outro lado - e não se nega que haja - dificuldade dos credores na realização das notificações, bem como elevação de custos nos casos de protestos em cartório ou notificação por edital, **é de se aperfeiçoar o respectivo procedimento,**

mas não extingui-lo ao arrepio da norma e da racionalidade do sistema de alienação fiduciária. Há, nesse sentido, **inúmeros exemplos, até mesmo criativos, de viabilização de comunicações (*lato sensu*) mediante uso da tecnologia**, como é o caso do ***Sistema de Notificação Eletrônica* -SNE de que trata a Resolução CONTRAN nº 662/2016**, em que são oferecidos generosos descontos nas multas para os condutores que aderirem. Mesmo nas hipóteses de comunicações judiciais, merece menção o exemplo do ***domicílio judicial eletrônico,* de que trata a Resolução CNJ nº 455/2022**.

Existem alternativas, portanto, que podem ser buscadas pelos credores, não em face do Poder Judiciário – ao qual não cabe subverter a vontade expressa do legislador –, mas junto ao Congresso Nacional, observadas as garantias inerentes ao devido processo legislativo.

3. Do dever de manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC/2015).

Em respeito à segurança jurídica, ao menos desde a ProAfR no REsp n. 1.686.022/MT (rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 5/12/2017), este Colegiado **não tem mais admitido que**, sob a sistemática de repetitivos, **sejam fixadas teses que inovem ou contrariem – como propõe, agora, a divergência – vastíssima jurisprudência** até então reproduzida e reafirmada.

Na base de julgados desta Corte Superior, acessível a todos, encontram-se **centenas de deliberações judiciais, colegiadas e monocráticas, no mesmo norte da tese proposta por este signatário**, isto é, no sentido ser **imprescindível a efetiva entrega da carta no endereço informado, ainda que não seja recebida pelo próprio devedor,** dentre as quais pode-se citar os seguintes precedentes -recentíssimos - de ambas as Turmas de Direito Privado:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO ENVIADA POR CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBIMENTO. DEVOLUÇÃO COM A INFORMAÇÃO "AUSENTE ". MORA NÃO COMPROVADA. APREENSÃO. SÚMULA N. EXTINÇÃO DA AÇÃO DE 83 DO STJ. AGRAVO BUSCA E INTERNO DESPROVIDO.
>
> 1. Inexiste ofensa ao art. 1.022 do CPC quando a corte de origem examina e decide, de modo claro e objetivo, as questões que delimitam a controvérsia, não ocorrendo nenhum vício que possa nulificar o acórdão recorrido.

2. Para os contratos garantidos por alienação fiduciária, a mora se configura automaticamente quando vencido o prazo para o pagamento - mora ex re -, mas, considerando o teor da Súmula n. 72 do STJ, é imprescindível a comprovação da mora para o prosseguimento da ação de busca e apreensão.
3. Nas hipóteses de alienação fiduciária, a mora deve ser comprovada por meio de notificação extrajudicial expedida por cartório de títulos e documentos ou por carta registrada com aviso de recebimento e entregue no domicílio do devedor, sendo dispensada a notificação pessoal.
4. No caso em que a notificação extrajudicial retorna com a informação "ausente", é correta a extinção da ação de busca e apreensão em razão da ausência de comprovação da mora, tendo em vista que a notificação expedida não foi entregue no endereço do devedor.
5. Agravo interno desprovido.
(**AgInt no AREsp n. 2.080.682/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma**, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023, grifado)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. CONSTITUIÇÃO EM MORA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. DECISÃO MANTIDA.
(...) **2. É assente nesta Corte o entendimento de que "a notificação apresentada não tem validade para constituição em mora se não foi entregue no endereço do devedor, não podendo ser presumida sua má-fé por encontrar-se ausente no momento da entrega" (AgInt no REsp n. 1.929.336/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe 1º/12/2021).**

(...) 6. Agravo interno a que se nega provimento.
(**AgInt no AREsp n. 2.155.694/RR, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 12/12/2022**, DJe de 15/12/2022, grifado)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. BUSCA E APREENSÃO. COMPROVAÇÃO DA MORA. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ.
1. Apesar de considerar desnecessário o recebimento da notificação pelo próprio devedor, exige-se, ao menos, a comprovação de que efetivamente houve recebimento no endereço do seu domicílio. Precedentes.
2. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.
3. Agravo interno a que se nega provimento.
(**AgInt no AgInt no AREsp n. 1.821.668/SP**, **relatora Minis-**

tra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022, grifado)

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO DECLARADO PELA FIDUCIANTE MAS NÃO ENTREGUE. MOTIVO MUDOU-SE. MORA NÃO COMPROVADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS. MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO NCPC. AFASTAMENTO. SÚMULA N.º 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
(...) 2. Nos termos do art. 2º, § 2º, do Decreto-lei n.º 911/1969, "a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".
3. No caso, a notificação não foi recebida porque a devedora estava ausente, e não havia nenhuma outra pessoa no imóvel, não podendo ser presumida sua má-fé por não estar ela presente no momento da entrega. Precedentes. Incidência da Súmula n.º 83 do STJ.
3. Para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal estadual - a fim de afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração, que foram considerados protelatórios -, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório, procedimento sabidamente inviável na instância especial por incidir o óbice da Súmula n.º 7 do STJ.
4. Agravo interno não provido.
(**AgInt no AREsp n. 2.168.221/RJ, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 9/11/2022**, DJe de 11/11/2022, grifado)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. **COMPROVAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃOEXTRAJUDICIAL. AVISO DE RECEBIMENTO (AR) COM INFORMAÇÃO "AUSENTE". AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO EFETIVO RECEBIMENTO NO ENDEREÇO.** REEXAME FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO MANTIDA.
1. Ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente.
(...) **3. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, para a busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária, necessária a comprovação da mora por meio da notificação extrajudicial do devedor, realizada por intermédio de carta registrada enviada por Cartório de Títulos e Documentos, com a efetiva entrega da**

notificação no seu endereço cadastral, apenas dispensando-se a notificação pessoal. Precedentes.
4. O reexame fático probatório é inadmissível em recurso especial.
5. Agravo interno não provido.
(**AgInt no AREsp n. 2.119.740/DF, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/9/2022**, DJe de 21/9/2022, grifado)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. ENTREGA FRUSTRADA. DEVEDOR AUSENTE. INVALIDADE. MÁ-FÉ. PRESUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).
2. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser insuficiente para a constituição em mora a notificação extrajudicial devolvida em virtude da ausência do devedor no momento da entrega, não sendo possível a presunção de má-fé.
3. Agravo interno não provido.
(**AgInt no REsp n. 1.957.682/RS, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/8/2022**, DJe de 15/8/2022, grifado)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO QUE NÃO FOI RECEBIDA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR PORQUE AUSENTE. MORA NÃO CONFIGURADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO DESPROVIDO.
1. Esta Corte tem entendimento de que a entrega da notificação no endereço do devedor fornecido no contrato, ainda que recebida por terceira pessoa, é bastante para constituí-lo em mora.
2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, "a notificação apresentada não tem validade para constituição em mora se não foi entregue no endereço do devedor, não podendo ser presumida sua má-fé por encontrar-se ausente no momento da entrega" (AgInt no REsp 1.929.336/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2021, DJe de 1º/12/2021).
3. Na hipótese, a notificação não foi recebida porque o devedor estava ausente, inexistindo qualquer outra pessoa no imóvel.
4. Agravo interno a que se nega provimento.
(**AgInt no AREsp n. 2.003.589/SP, relator Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 11/4/2022**, DJe de 13/5/2022, grifado)

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO NÃO EFETIVADA. DEVEDOR AUSENTE. SÚMULA 83 DO STJ.

1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, a notificação extrajudicial realizada e entregue no endereço do devedor, ainda que dispensada a notificação pessoal, é válida para a constituição em mora, o que não ocorreu no presente caso.
2. "Inviabilidade de se extrair do simples fato da ausência do devedor de sua residência qualquer conduta contrária à boa-fé objetiva." (REsp 1848836/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/11/2020, Dje 27/11/2020)
3. Agravo interno não provido.
(**AgInt no REsp 1.978.852/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/8/2022**, DJe 31/8/2022, grifado).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. CONSTITUIÇÃO DA MORA NÃO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. SÚMULAS N. 7 E 83/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. COTEJO ANALÍTICO NÃO EFETUADO. DECISÃO MONOCRÁTICA. IMPRESTABILIDADE À COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
1. De fato, dispõe o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 911/1969 que "a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".
2. Contudo, o entendimento mais recente da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, nos contratos regidos pelo Decreto-Lei n. 911/1969, o simples fato de o devedor estar ausente de sua residência não importa em violação à boa-fé objetiva, exigindo-se, para a comprovação da mora, a efetiva entrega da notificação no seu endereço cadastral.
3. Na hipótese dos autos, ficou consignado que a única tentativa de notificação extrajudicial expedida ao endereço constante no contrato, para fins de comprovação da mora do devedor, foi devolvida com a anotação "ausente", concluindo o Colegiado estadual, por esse motivo, que o procedimento foi insuficiente para alcançar a finalidade pretendida pelo credor, já que a carta não foi efetivamente entregue no endereço do destinatário.
(...) 6. Agravo interno improvido.
(**AgInt no REsp n. 1.955.579/RS, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 22/11/2021**, DJe de 25/11/2021, grifado)

Vale reiterar, nessa oportunidade, os mesmos precedentes apresentados pela divergência em seu voto -**Agint no Agint no AREsp nº 2.069.991/MS**, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 19/09/22 e **Agint no AREsp nº 876.487/**

PR, relator Ministro Marco Bellizze, julgado em 15/09/2016 -os quais **perfilham exatamente o mesmo entendimento da tese defendida por esta relatoria**.

Confiram-se as ementas dos referidos julgados que, por serem absolutamente elucidativas, dispensam maior digressão:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.
> 1. Ação de busca e apreensão.
> 2. Para a constituição do devedor em mora nos contratos de alienação fiduciária, é imprescindível a comprovação de encaminhamento de notificação ao endereço constante do contrato, bem como de seu efetivo recebimento, sendo dispensada, entretanto, que a notificação pessoal tenha sido recebida pelo próprio devedor. Ante o entendimento dominante do tema nas Turmas de Direito Privado, aplica-se, no particular, a Súmula 568/STJ.
> 3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
> 4. A incidência da Súmula 7/STJ prejudica a análise do dissídio jurisprudencial pretendido. Precedentes desta Corte.
> 5. Agravo interno não provido. (AgInt no AgInt no AREsp n. 2.063.991/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 21/9/2022, grifado)

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. **BUSCA E APREENSÃO. MORA. COMPRO-VAÇÃO.AUSÊNCIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. NÃO OCORRÊNCIA.** REVISÃO DO JULGADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.
> 1. Nos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei n. 911/1969, a mora se configura automaticamente quando vencido o prazo para o pagamento (mora ex re), mas o deferimento da busca e apreensão tem como pressuposto a comprovação desse fato por meio de notificação extrajudicial do devedor fiduciante. Súmula n. 72 do STJ.
> 2. Para a comprovação da mora é imprescindível que a notificação extrajudicial seja encaminhada ao endereço do devedor, ainda que seja dispensável a notificação pessoal. Precedentes.
> 3. Nas hipóteses em que o Tribunal a quo assenta a premissa fática de que **a notificação não foi entregue no endereço da devedora, é impossível modificar-se esse entendimento em recurso especial, para concluir pela comprovação da mora, em atenção ao enunciado n. 7 da Súmula do STJ.**
> 4. Agravo interno a que se nega provimento.

> (AgInt no AREsp n. 876.487/PR, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 26/9/2016, grifado)

A quantidade de precedentes sobre o tema bem demonstra o caráter exaustivamente repetitivo da controvérsia, o que reforça a necessidade de fixação da tese ora em debate: AgInt no REsp n. 1.927.802/RS, relator **Ministro Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, julgado em 23/8/2021, DJe de 26/8/2021; AgInt no REsp n. 1.928.759/DF, relator **Ministro Moura Ribeiro**, Terceira Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 8/6/2021; AgInt no REsp n. 1.911.754/RS, relator **Ministro Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, julgado em 11/5/2021, DJe de 14/5/2021; REsp n. 1.848.836/RS, relator **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, julgado em 24/11/2020, DJe de 27/11/2020; AgInt no AREsp n. 1.516.819/RJ, relator **Ministro Marco Aurélio Bellizze**, Terceira Turma, julgado em 28/9/2020, DJe de 7/10/2020; AgInt no REsp n. 1.829.084/RS, relator **Ministro Raul Araújo**, Quarta Turma, julgado em 21/11/2019, DJe de 19/12/2019; AgInt no AREsp n. 1.343.491/MS, relator **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, julgado em 10/6/2019, DJe de 14/6/2019; AgInt no REsp n. 1.726.367/SP, relator **Ministro Lázaro Guimarães** (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 11/9/2018, DJe de 17/9/2018; AgRg no AREsp n. 770.030/PR, relator **Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva**, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe de 4/2/2016; AgRg no AREsp n. 501.962/RS, relator **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, julgado em 10/3/2015, DJe de 16/3/2015; AgRg no AREsp n. 467.074/RS, relator **Ministro Marco Buzzi**, Quarta Turma, julgado em 21/8/2014, DJe de 4/9/2014; AgRg no REsp n. 1.379.274/SP, relator **Ministro Raul Araújo**, Quarta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe de 13/5/2014; AgRg no AREsp n. 397.372/RS, relator **Ministro Raul Araújo**, Quarta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe de 13/5/2014; AgRg no AREsp n. 416.645/SC, relator **Ministro Luis Felipe Salomão**, Quarta Turma, julgado em 18/2/2014, DJe de 24/2/2014; AgRg no REsp n. 1.358.155/SP, relator **Ministro Sidnei Beneti**, Terceira Turma, julgado em 25/6/2013, DJe de 1/8/2013; AgRg no REsp n. 1.249.864/SC, relator **Ministro Paulo de Tarso Sanseverino**, Terceira Turma, julgado em 6/11/2012, DJe de 13/11/2012; AgRg no REsp n. 1.256.537/SC, relator **Ministro Massami Uyeda**, Terceira Turma, julgado em 9/8/2011, DJe de 18/8/2011; AgRg no Ag n. 1.315.109/RS, relator **Ministro**

Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 1/3/2011, DJe de 21/3/2011; AgRg no REsp n. 659.582/RS, relator **Ministro Sidnei Beneti**, Terceira Turma, julgado em 4/11/2008, DJe de 26/11/2008.

3.1 Maturidade da jurisprudência do STJ.

Quanto à maturidade do entendimento da Corte, ressalta-se que essa jurisprudência possui mais de vinte e cinco anos, ou seja, mesmo antes do advento da Lei nº 13.043/2014, o Superior Tribunal de Justiça já entendia que "***a simples postagem é insuficiente para comprovar que os avisos foram entregues***" (REsp nº 457.764/SP, Terceira Turma, Relator Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 25/8/2003).

O saudoso Ministro Menezes Direito já asseverava, com a lucidez que lhe era peculiar, que: "***o princípio da instrumentalidade do processo não pode atropelar a regra específica que exige seja o réu devidamente notificado do débito***" (REsp n. 646.607/MG, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 21/2/2006, DJ de 12/6/2006, p. 474).

Nesse sentido, ilustrando a maturidade dessa compreensão nas turmas de Direito Privado do STJ:

> ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. NOTIFICAÇÃO. **PARA A NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR (SUMULA 72), NÃO BASTA A EXPEDIÇÃO DA CARTA, MAS O SEU RECEBIMENTO PELO DEVEDOR**. RECURSO NÃO CONHECIDO. (REsp n. 146.264/SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 10/11/1997, DJ de 15/12/1997, p. 66446, grifado)
>
> CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DEL 911/69, ART. 2º, § 2º. MORA. NOTIFICAÇÃO. EXPEDIÇÃO DA INTIMAÇÃO PELO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. INDISPENSABILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE RECEBIMENTO POR PARTE DO DEVEDOR. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO DO PROCESSO. PRECEDENTES DO TRIBUNAL E DA SUPREMA CORTE. RECURSO PROVIDO.
>
> -Nos termos do enunciado da Sum. 72/STJ, a comprovação da mora é requisito indispensável para a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. **Tem-se por imprescindível, por outro lado, a prova de que a notificação expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos tenha sido entregue ao devedor.** (REsp n. 101.544/DF, relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 9/6/1998, DJ de 21/9/1998, p. 168, grifado)

3.2 Inconveniência de reviravolta jurisprudencial na fixação de tese vinculante.

Na assentada do dia 14/12/2022, em que os feitos foram levados a julgamento, o emi-

nente Ministro Marco Aurélio Bellizze bem destacou, em sede de debates que antecederam as sustentações orais, que a fixação de tese repetitiva pressupõe jurisprudência firme da Corte.

Assim, a despeito de existirem **incontáveis deliberações desta Corte Superior no sentido da proposta**, caso seja intenção deste órgão fracionário promover uma reviravolta jurisprudencial para assentar tese jurídica inovadora e desconforme com o entendimento até então consolidado, evidentemente, isso não pode se dar no âmbito de um julgamento repetitivo, haja vista que a respectiva sistemática, como já dito, serve para consolidar, de uma vez por todas, uma jurisprudência já pacificada, e não para alterá-la ou inová-la de tal modo que evidencie quebra de expectativas.

Não se quer afirmar, com isso, a inviabilidade do debate acerca da matéria no âmbito do colegiado, ou eventual saneamento de arestas presentes na tese, pois o olhar atento do julgador quando do alcance e desenlace do julgamento deve ser fomentado. Entretanto, não é possível, **sob pena de subversão a todo o sistema normativo criado em torno da temática afeta aos recursos repetitivos**, em franca violação à segurança jurídica e à necessária estabilidade da jurisprudência (art. 926 do CPC/2015), voltar a permitir -tal como já ocorreu em momento remoto quando do prenúncio da sistemática -uma reversão de entendimento, ou seja, uma verdadeira guinada de 180 graus na compreensão que se tinha acerca de determinada questão jurídica. Certamente não é essa a missão constitucional do STJ.

Assim, se os eminentes pares concluírem que é o caso de alterar a orientação jurisprudencial absolutamente preponderante, ao arrepio da literalidade lei e em prejuízo dos hipossuficientes - que terão seu patrimônio invadido sem oportunidade de, uma vez provocados, purgarem a mora -, não restará alternativa à Segunda Seção senão **desafetar** os processos e reabrir a discussão nas turmas, à luz desse e de outros casos, acerca desse novo entendimento que agora o resp. voto divergente quer inaugurar.

Todavia, esta relatoria entende como adequada e necessária a confirmação da jurisprudência atual, com precedente qualificado, observada a delimitação da tese às hipóteses expressamente indicadas ao início deste e do voto anterior.

4. Conclusão.

Com amparo em tudo quanto exposto nos votos apresentados, bem como nas considerações aqui tecidas, para fins dos arts. 1.036 e seguintes do

CPC/2015, reitera-se a necessidade de fixação da seguinte tese jurídica, observada a delimitação (item nº 1 do presente voto):

> Em ação de busca e apreensão, fundamentada em contratos garantidos por alienação fiduciária (art. 2º, §2º, do Decreto-lei n.º 911/69), a comprovação da mora se realiza com o envio de notificação extra-judicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual e a sua efetiva entrega, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário.

Ante a necessidade já demonstrada de delimitação, a tese incide, exclusivamente, sobre quadros fático-jurídicos nos quais: **(i) houve efetivo recebimento da notificação, ainda que por terceiro** (subsunção perfeita aos termos da tese, em que se reconhece a comprovação a mora); **(ii) ocorreu o retorno do aviso com anotação de "*ausente*"** (aplicação *a contrario sensu* pelo que, como consectário lógico e necessário, não houve comprovação da mora). **Outras controvérsias, ainda que atinentes ao envio de notificação com o mesmo propósito – tais como a insuficiência do endereço do devedor, eventual extravio do aviso de recebimento ou a indicação "mudou-se" contida no aviso de recebimento – não estão contempladas pela tese, cabendo, oportunamente, análise sobre possível afetação.**

Quanto aos casos concretos, em ambos os feitos (RESPS 1.951.662/RS e 1.951.888/RS), não tendo a casa bancária cumprido a determinação legal (art. 2º, §2º, do Decreto-Lei n.º 911/69), vez que a notificação não fora entregue no endereço do devedor ante o fato de estar "ausente", de rigor o desprovimento dos apelos recursais a fim de manter o acórdão recorrido.

Do exposto, ratificam-se, integralmente, os votos apresentados no sentido de negar provimento aos recursos especiais.

É como voto.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Srs. Ministros, após proferir meu voto-vista informando minha divergência, o relator pediu vista regimental dos autos por ser o tema relevante e para melhor analisar o voto divergente, tendo apresentando, na sessão seguinte, seu voto de vista regimental. De igual sorte, tendo em vista os inúmeros elementos apresentados pelo relator, pedi vista para apreciar o tema com a necessária profundidade que ele exige.

Esclareço que me debrucei, com a necessária cautela, sobre todos os fundamentos presentados pelo relator após o pedi-

do de vista regimental, mas, ainda assim, **mantenho a divergência** nos exatos termos antes apresentados, cumprindo destacar, entretanto, que na base do debate constam duas premissas muito distintas. A primeira, exposta pelo relator, é no sentido de que a controvérsia aqui submetida ao rito dos recursos repetitivos é atinente ao ajuizamento da ação de busca e apreensão prevista no Decreto-Lei n. 911/1969 **e se limita à seguinte questão**: a) se, para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual com sua efetiva entrega (a qualquer pessoa); ou b) se há necessidade de que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário.

Para a solução da controvérsia apresentada, propõe o relator a fixação da seguinte tese:

> Em ação de busca e apreensão, fundamentada em contratos garantidos por alienação fiduciária (art. 2º pará. 2º do decreto Lei 911/69) a comprovação da mora se realiza com o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual e a sua efetiva entrega, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário.

Nessa premissa, conforme afirma o próprio relator, estão excluídas todas as outras questões que diariamente aportam neste Tribunal, como a "insuficiência de endereço do devedor", o "extravio do aviso de recebimento", a indicação de "mudou-se" ou ainda de "ausente".

Esclareço que é já na premissa básica que reside a divergência.

Inicialmente, porque entendo ser necessário um alinhamento da jurisprudência desta Corte no sentido de alcançar, de forma lógica e racional, tanto as hipóteses dos autos (REsps n. 1.951.662 e 1.951.888) quanto as eventuais outras hipóteses que, segundo o relator, não estão compreendidas na proposta da tese, mas, ainda assim, são submetidas à apreciação desta Casa com frequência.

Isso porque, conforme já explicado no meu voto-vista anterior, premissa básica na qual se fundamenta a divergência é a de que a natureza dos contratos de alienação fiduciária é especialíssima, uma vez que, ao contratarem, credor e devedor estabelecem, de forma livre e consensual, as condições e garantias que são diversas das de outros contratos, na medida em que o credor oferece o bem (móvel ou imóvel) como garantia para, em contrapartida, receber do credor melhores condições e, especialmente, melhores juros, o que certamente não

teria se não houvesse a garantia fiduciária.

É exatamente nessa linha lógica que **a própria lei define (interpretação literal)**, com clareza, que a mora nesses contratos (art. 2º, § 2º) "decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento". Dessa forma, se a mora decorre do mero inadimplemento, prescinde de qualquer atitude do credor, já que advém automaticamente do atraso, ou seja, a mora constitui-se *ex re*, isto é, decorre do não pagamento dentro do prazo. Assim, significa que o devedor estará em mora quando deixar de efetuar o pagamento no **tempo**, **lugar e forma contratados** (arts. 394 e 396 do Código Civil).

De igual sorte, os fundamentos da divergência antes apresentada apoiam-se numa **interpretação teleológico-axioló-gica do dispositivo em questão**, buscando a intencionalidade do legislador ao inserir no texto legal o termo "poderá" em vez de "deverá", que habitualmente é usado para evidenciar uma obrigação de realizar determinados atos, de modo que a não realização acarretará consequência.

Ao contrário, quando a lei utiliza o termo "poderá" (como no artigo de lei em debate), indica expressamente a intenção do legislador de "uma permissão", ou seja, deixa claro que se trata de uma faculdade de escolha.

Portanto, a simples interpretação do dispositivo legal, a meu ver, evidencia que, ao prever a lei que a mora "**poderá** ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, **não se exigindo** que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário" (redação dada pela Lei

n. 13.043/2014),não está impondo **nenhuma obrigação ao credor de comprovar a mora**, como entende o relator. Ao contrário, estabelece uma faculdade de que se comprove a mora "por carta registrada, com aviso de recebimento, **não se exigindo** que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".

Daí decorre a compreensão de que, para a ação de busca e apreensão, **não se pode exigir do credor** mais obrigações do que a própria lei já estabelece.

Assim, enquanto o relator parte da premissa de que a lei estabelece a obrigação de comprovação da mora "com o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual **e a sua efetiva entrega**, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário", **entendo que a mora não precisa ser comprovada, porque decorre única e exclusivamente "do simples vencimento do prazo para pagamento"**.

Portanto, a exigência proposta pelo relator de que a mora seja comprovada "com o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual **e a sua efetiva entrega**, dispensando-se que a assinatura do aviso de recebimento seja a do próprio destinatário", vai além do que a própria lei estabelece, porque o texto expresso da lei limita-se a estabelecer uma faculdade ao credor, na medida em que prevê que, repito, "**poderá** ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, **não se exigindo** que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".

Ademais, estabelecer o requisito **da comprovação de efetiva entrega**, como defende o relator na tese proposta, significa ir muito além do que ele denomina "clareza e literalidade do Decreto Lei 911/69", uma vez que esta Corte estará **impondo ao credor uma obrigação que a própria lei não o fez**. Segundo meu entendimento, isso ultrapassa em muito a funcionalidade de interpretar a lei constitucionalmente atribuída ao Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, fica claro aqui que, enquanto o relator parte da premissa de hipossuficiência do devedor e da necessidade de tutela especial em sua defesa no momento em que deixa de pagar, a divergência parte de premissa frontalmente diversa, a saber, a de que a higidez e a igualdade de forças entre as partes – que se estabelece no momento da contratação, em que o credor, repito, oferece, de livre e espontânea vontade, o bem em troca de melhores condições no financiamento –devem permanecer no momento da rescisão do contrato, que se dá com o não pagamento no prazo acordado, não sendo razoável que se considere o devedor hipossuficiente na relação jurídica somente quando ele não cumpre o acordado.

Essa compreensão de desequilíbrio somente no momento da rescisão do contrato tem gerado toda a sorte de interpretações diversas por juízes e tribunais no país e, por consequência, leva ao desequilíbrio nas relações contratuais, à inconstância nas taxas de juros, à redução de crédito e dos negócios.

É a própria lei que estabelece que a liberalidade das partes no momento da contratação traz consequências diversas no descumprimento de um contrato, na medida em que evidencia que as condições mais favoráveis concedidas ao credor no momento da contratação decorrem tão somente da natureza e qualidade da garantia – alienação fiduciária –; portanto, é essa mesma natureza que ensejará consequências mais gravosas se não cumprida a obrigação.

Claro está, inclusive, que o Decreto-Lei n. 911/1969 reflete a própria essência do liberalismo, pois evidencia a liberdade contratual entre as partes envolvidas, sem a interferência excessiva do Estado.

Ora, se o Estado não intervém no momento da contratação, pois a própria lei já define os limites dessa interferência – ao prever que o devedor transfere, por sua própria conta e risco, a propriedade de um bem para outra parte, o credor, em troca de financiamento em melhores condições, o que só é possível porque há a garantia de que o bem alienado passará automaticamente para sua posse e propriedade em caso de não pagamento –, não cabe ao Estado (agora Poder Judiciário) intervir no momento do descumprimento do contrato.

Vale lembrar que, de fato, tem o Estado um papel importante na regulamentação desses contratos, garantindo que as partes envolvidas estejam protegidas e que não haja abusos. No entanto, essa função se esgota na previsão da lei.

O instituto da alienação fiduciária permite que o credor tenha mais segurança na concessão do crédito, já que possui uma garantia real. Isso estimula a concessão de crédito e, consequentemente, a realização de mais negócios.

No entanto, quando o Poder Judiciário interfere diretamente, mudando as regras estabelecidas pela lei e criando para o credor obrigações que a própria lei não o fez, está interferindo diretamente na livre negociação entre as partes e na própria liberdade de contratar e, na via inversa, estará desestimulando o desenvolvimento de negócios e a geração de riqueza, que vem com a promoção da liberdade contratual e a segurança na concessão de crédito.

Assim, entendo que a função precípua desta Corte – de dar interpretação à lei e manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC) – passa necessariamente pelo limite do não intervencionismo, o que, a meu ver, a proposta do relator extrapola na medida em que, ao interpretar a lei, altera radicalmente o equilíbrio nas relações e impõe ao credor obrigações que a lei não o fez.

A contrario sensu, penso que a única forma de estabilizar a jurisprudência é adotar um entendimento que defina, de uma vez por todas, quais as obrigações do credor e as do devedor nos contratos de alienação fiduciária, quer seja no momento da contratação, quer seja, ao final, no momento de eventual rescisão.

A proposta de tese que trago com a divergência pretende alinhar todas as questões numa mesma solução e parte da premissa da liberalidade da contratação, bem como do en-

tendimento de que o equilíbrio entre as partes no momento da contratação (que se evidencia na escolha do devedor de dar uma garantia real em troca de melhores condições de financiamento) precisa manter-se no momento da rescisão, garantindo às partes clareza e certeza na interpretação da lei. Em outras palavras, a interpretação do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969 deve ser literal. Confira-se:

> **§ 2º** A mora decorrerá do **simples vencimento** do prazo para pagamento e **poderá** ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, **não se exigindo** que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014.)

Incabível, portanto, a meu sentir, a proposta de tese apresentada pelo relator, porque insere a expressão "e sua efetiva entrega", já que a lei limitou-se a estabelecer que o credor poderá comprovar a mora por carta registrada com aviso de recebimento e evidencia ainda a liberalidade na medida em que dispõe que **não se exigirá** que "a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".

Nesse contexto, reforço a proposta de que incumbe ao credor demonstrar tão somente **o envio da carta registrada com aviso de recebimento ao endereço indicado no contrato**, não sendo necessária a demonstração do efetivo recebimento, uma vez que a própria lei não exige que a assinatura do referido aviso seja a do próprio destinatário.

Finalmente, importa aqui aclarar meu entendimento **sobre a forma da mudança ou atualização da interpretação desta Corte**.

Os temas repetitivos têm função fundamental no cumprimento da atribuição constitucional atribuída ao Superior Tribunal de Justiça de zelar pela uniformidade da interpretação das leis federais em todo o território brasileiro.

Havendo significativa quantidade de processos que envolvam a mesma questão de direito, o STJ pode selecionar um desses processos e afetá-lo como representativo de controvérsia.

Dessa forma, além de decidir o caso concreto, ao apreciar a questão jurídica posta e fixar uma tese jurídica, esta Corte sinaliza, para todos os demais tribunais, o entendimento definitivo sobre o tema e garante a uniformidade da interpretação, visando evitar decisões contraditórias e conflitos entre tribunais.

Considerando, portanto, a relevância desse instrumento e principalmente suas consequências para além do caso em análise, é evidente que a matéria jurídica em questão precisa ter

sido submetida à apreciação do STJ. No entanto, as decisões não precisam ser necessariamente as mesmas em todos os casos. Ao contrário, a necessidade de pacificação decorre exatamente da existência de conflito na jurisprudência nacional.

Assim, a tese fixada precisa refletir uma possibilidade concreta de unificação de decisões, dando uma interpretação lógica, clara e simétrica à questão jurídica analisada.

Ainda que a jurisprudência da Corte, no correr do anos, tenha se firmado em determinado sentido, é totalmente possível propor tese em sentido diverso, desde que possa dar uma solução definitiva à questão jurídica posta à prova.

A mudança do entendimento reflete, portanto, uma necessidade de atualização e unificação da jurisprudência. Ainda que determinado entendimento venha se mantendo há mais de 25 anos, conforme dito pelo relator, evidencia-se, no caso concreto, a necessidade de atualização, uma vez que, mesmo ao longo de 25 anos, a matéria permanece controvertida, mostrando que os entendimentos, ainda que emanados desta Corte, não foram eficientes para pacificar a matéria.

Entendo, portanto, que os fundamentos desenvolvidos pelo relator, na verdade, reforçam a necessidade de mudança, de uma proposta de tese que seja capaz de alinhar e unificar os entendimentos.

Para tanto, a única possibilidade seria partir de premissa diversa daquela por ele apresentada, como afirmei antes. A mudança que proponho é a de que, em vez de considerar o devedor como hipossuficiente, deve-se declarar o respeito à liberalidade das relações contratuais e, dando uma interpretação literal à lei, definir uma tese que alcance, em definitivo, todas as questões submetidas a apreciação.

Portanto, insisto na divergência para manter a seguinte proposta de tese:

Para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é <u>suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual</u>, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros.

Essa tese, reforço, é suficiente para alinhar o entendimento não só nos casos em análise – em que (a) a parte recorrente tentou, em três oportunidades, notificar extrajudicialmente o devedor, via correios, tendo todas as diligências apresentado resultado negativo (REsp n. 1.951.662/RS); e (b) a notificação foi enviada por carta registrada com aviso de recebimento ao endereço **do devedor fornecido quando do contra-**

to, a qual não foi concretizada em decorrência da certidão dos correios de que a carta deixara de ser entregue no endereço do destinatário pelo motivo "ausente" (REsp n. 1.951.888/RS) –, como também **em outras hipóteses** não alcançadas pela proposta do relator, como "insuficiência de endereço do devedor", "extravio do aviso de recebimento" e indicação de "mudou-se" ou de "ausente".

Isso porque, pela tese proposta, a obrigação do credor limita-se a provar

o envio da notificação extrajudicial ao devedor no mesmo endereço que consta do instrumento contratual, sendo irrelevante a prova do recebimento.

A contrário sensu, entendo que, a pretexto de unificar entendimentos, a tese na forma pretendida pelo relator traz ao credor uma obrigação **não prevista em lei**, o que, a meu ver, é temerário, porque, além de criar maior insegurança jurídica, afeta diretamente as relações negociais, a concessão de crédito e a própria estabilidade econômica.

Vale dizer que, ainda assim, penso que, mesmo a tese da forma comoproponho, em breve encontrará a necessidade de reformulação e alargamento, porque o mundo está cada dia mais acelerado e assim estão as transformações. Já começam a chegar questionamentos sobre a possibilidade de comprovar a mora com notificação enviada por *e-mail* ou whatsapp, indicando que a solução hoje dada pode não refletir a mudança da sociedade amanhã.

Com essas considerações, insisto na divergência para manter a seguinte proposta de tese:

Para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros.

Assim, a proposta evidencia que a obrigação do credor limita-se a provar o envio da notificação extrajudicial ao devedor no mesmo endereço que consta do instrumento contratual, sendo irrelevante a prova do recebimento. De igual sorte, sinaliza aos tribunais e a todas as instituições que, no Brasil, cumpre-se a literalidade da lei.

E mais: consagra, nas relações negociais, os princípios básicos que orientam as relações negociais do país, no sentido de que, sendo as partes livres no momento da contratação, assim devem permanecer no momento da rescisão do contrato, não sendo razoável considerar o devedor hipossuficiente na relação jurídica somente no momento em que deixa de cumprir o acordado.

Finalmente, a despeito da análise sobre as propostas de tese, impõe-se a análise dos dois processos submetidos à apreciação.

1) No REsp n. 1.951.662/RS, está-se diante de situação em que o Tribunal de origem entendeu que "não há a correta constituição do devedor em mora" quando a instituição financeira tenta, em três oportunidades, notificar extrajudicialmente o devedor, via correio, mas todas as diligências apresentam resultado negativo.

Afirma o relator ainda que, neste caso, "alegou-se que haveria um protesto superveniente", ou seja, após o insucesso da notificação, o credor teria providenciado o protesto, mas segundo o relator, essa matéria não teria sido prequestionada e, portanto, não foi devolvida a esta Corte, uma vez que o acórdão na origem não tratou da matéria, que, ainda assim, estaria inserida na proposta da tese, na medida em que as notificações foram devolvidas por estar o devedor ausente, sem que tenham sido sequer recebidas por terceiros.

Ao final, concluiu o relator pelo conhecimento do apelo para negar-lhe provimento.

Verifica-se que, na origem, a matéria foi decidida conforme ementa a seguir (fl. 154, destaquei):

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 485, INCISO IV). **NO CASO, A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO DECLINADO NO CONTRATO RESTOU FRUSTRADA, NÃO TENDO O BANCO AUTOR PROMOVIDO OUTRAS TENTATIVAS DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.** EXTINÇÃO,FORTE NO ARTIGO 485, INCISO IV, DO CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Da simples leitura da ementa já se depreende que, tendo sido a notificação enviada ao endereço declinado no contrato, a entrega foi frustrada porque o devedor estava ausente. O Tribunal de origem concluiu pela extinção da ação por ausência de pressuposto processual de constituição e desenvolvimento válido do processo.

O caso em análise reforça, portanto, todos os meus fundamentos anteriormente expostos sobre o quanto um entendimento dessa natureza desequilibra a relação contratual, impondo ao credor excessivo ônus após a ocorrência da mora para rever um bem, que já é de sua propriedade, nos termos do contrato, em face da inadimplência do devedor.

Assim, ainda que a questão do protesto não tenha sido

prequestionada, evidencia, com clareza, mesmo de forma exemplificativa, o excesso que se impôs ao credor, a tal ponto de, após reiteradas notificações, ter de providenciar o protesto. Apesar disso, extinguiu-se a ação que visava assegurar a posse do bem que se convolou em sua propriedade, na forma da lei e do contrato, no momento do inadimplemento caracterizador da mora.

A análise do caso concreto, portanto, comporta perfeitamente a tese por mim proposta, a saber:

> Para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros.

A partir da aplicação da tese ao caso concreto, concluir-se-á que o credor desempenhou a função que lhe era exigida, ou seja, a de enviar a notificação ao endereço indicado no instrumento contratual, não se lhe exigindo a prova do recebimento.

É, portanto, **hipótese de dar provimento ao recurso.**

2) No REsp n. 1.951.888/RS, entendeu o Tribunal de origem que não há "a correta constituição em mora" quando o credor envia, por carta com aviso de recebimento, a notificação ao endereço do credor fornecido no contrato, que não é efetivada, tendo em vista a certidão dos Correios de que a carta deixou de ser entregue no endereço do destinatário por motivo "ausente".

Do voto consta a seguinte argumentação (fl. 102, destaquei):

> *In casu*, a notificação f**oi enviada por carta registrada com aviso de recebimento para o endereço fornecido pelo devedor quando da contratação,** porém, não restou perfectibilizada, ante a certidão dos Correios que a carta deixou de ser entregue no endereço do destinatário pelo motivo "AUSENTE". (evento 1-NOT8). Diante dessa realidade, onde não demonstrada a regular constituição do devedor em mora, que é condição da ação de busca e apreensão (ou condição de procedibilidade), torna-se imperiosa extinção do feito.

De igual sorte, verifica-se que é plenamente aplicável ao caso concreto a tese por mim proposta, a saber:

> Para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros.

A partir da aplicação da tese ao caso concreto, concluir-se-á que o credor desempenhou a função que lhe era exigida, ou seja, a de enviar a notificação ao endereço indicado no instrumento contratual, não se exigindo a prova do recebimento.

É, portanto, **hipótese de dar provimento ao recurso**.

Ante o exposto, **na análise dos casos submetidos à apreciação, apresento igualmente a minha divergência para apresentar a tese acima proposta**.

No caso concreto, estando evidenciado que a notificação extrajudicial foi enviada ao endereço do devedor constante do contrato, dou provimento do apelo a fim de determinar a devolução dos autos à origem para que se processe a ação de busca e apreensão. É como voto.

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se dos Recursos Especiais repetitivos n. 1.951.662/RS e 1.951.888/RS, interpostos, respectivamente, pela AYMORÉ CRÉDITO, FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO S.A. e pelo BANCO RCI BRASIL S.A. com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Observa-se que, em ambos os recursos, os recorrentes alegam a existência de dissídio jurisprudencial e violação do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, o qual determina que a mora, nos contratos de alienação fiduciária, "decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário".

Das decisões na origem, ambas do TJRS, verifica-se que prevaleceu o entendimento de que, para a regular constituição em mora nos contratos de alienação fiduciária em garantia, além dos requisitos legais do vencimento do prazo e do envio da carta registrada com aviso de recebimento (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969), exige-se que sejam realizadas pela instituição financeira credora tentativas adicionais de notificação prévia antes do ajuizamento da ação de busca e apreensão, consoante se verifica nos acórdãos recorridos, assim ementados:

> **-REsp n. 1.951.888/RS (fl. 104, destaquei)**
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO ENVIADA POR CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBIMENTO. RETORNO NEGATIVO. AUSENTE. IRREGULARIDADE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO DA AÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

NOS TERMOS DO ART. 2°, §2°, DO DECRETO-LEI N° 911/69, A MORA DECORRERÁ DO SIMPLES VENCIMENTO DO PRAZO PARA PAGAMENTO E PODERÁ SER COMPROVADA POR CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBIMENTO, NÃO SE EXIGINDO QUE A ASSINATURA CONSTANTE DO REFERIDO AVISO SEJA A DO PRÓPRIO DESTINATÁRIO. CASO CONCRETO. **NOTIFICAÇÃO ENVIADA POR CARTA REGISTRADA COM AVISO DE RECEBIMENTO PARA O ENDEREÇO DO CONTRATO. RETORNO NEGATIVO. CERTIFICADO QUE A CARTA NÃO FOI ENTREGUE AO DESTINATÁRIO PELO MOTIVO "AUSENTE". INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DA CONDIÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. EXTINÇÃO DA AÇÃO**. ART. 485, VI, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA.
APELO DESPROVIDO.
-REsp n. 1.951.662/RS (fl. 154, destaquei)
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ARTIGO 485, INCISO IV). NO CASO, A NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL ENVIADA AO ENDEREÇO DECLINADO NO CONTRATO RESTOU FRUSTRADA, **NÃO TENDO O BANCO AUTOR PROMOVIDO OUTRAS TENTATIVAS DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO.** EXTINÇÃO, FORTE NO ARTIGO 485, INCISO IV, DO CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Entendeu o Tribunal de origem **que não há a** "correta constituição do devedor em mora" quando a instituição financeira (a) tenta, em três oportunidades, notificar extrajudicialmente o devedor, via correio, mas todas as diligências apresentam resultado negativo (REsp n. 1.951.662/RS); (b) envia, por carta registrada com aviso de recebimento, a notificação **ao endereço do devedor fornecido quando do contrato**, que não é efetivada, tendo em vista a certidão dos Correios de que a carta deixou de ser entregue no endereço do destinatário pelo motivo "ausente" (REsp n. 1.951.888/RS).

Contra as referidas decisões, foram interpostos recursos especiais, submetidos à análise do então Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, que entendeu que a Segunda Seção deveria deliberar sobre a afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos – inclusive com parecer do Ministério Público Federal favorável –, tendo em vista a matéria nele debatida justificar a tramitação do presente representativo de controvérsia, a fim de evitar qualquer futuro e eventual questionamento referente às especificidades e ao alcance da matéria.

Levada a questão à Corte Especial, deliberou-se por afetar os recursos ao rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC), conforme as seguintes ementas (fl. 188 do REsp n. 1.951.888/RS; fl. 246 do REsp n. 1.951.662/RS):

> PROPOSTA DE AFETAÇÃO - RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS -TEMÁTICA -COMPROVAÇÃO DA MORA -ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA -NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL -ENTREGA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR -NECESSITA, OU NÃO, DE RECEBIMENTO PESSOAL PELO DESTINATÁRIO.
> 1. Delimitação da controvérsia: 1.1. Definir se, para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente, ou não, o envio de notificação extrajudicial ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual, dispensando-se, por conseguinte, que a assinatura do aviso de recebimento seja do próprio destinatário.
> 2. RECURSO ESPECIAL AFETADO AO RITO DO ART. 1.036 CPC/2015.

Na sequência, no entanto, o relator, Ministro Marcos Buzi, entendendo ter sido pacificada a matéria, apresentou questão de ordem ao colegiado da Segunda Seção, tendo sido acolhida por unanimidade, para afastar a determinação de suspensão/sobrestamento do processamento de todos os feitos e recursos pendentes, conforme se vê da seguinte ementa (fl. 464 do 1.951.888/RS e fl. 476 do REsp n. 1.951.662/RS) :

> QUESTÃO DE ORDEM -AFETAÇÃO AO RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS -TEMA 1132 -COMPROVAÇÃO DA MORA -ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA -NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL -ENTREGA NO ENDEREÇO DO DEVEDOR -NECESSITA, OU NÃO, DE RECEBIMENTO PESSOAL PELO DESTINATÁRIO -AFASTAMENTO DA DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO/SOBRESTAMENTO DO PROCESSAMENTO DE TODOS OS FEITOS E RECURSOS PENDENTES ATINENTES À MATÉRIA AFETADA.
> 1. A afetação ao rito dos repetitivos, por expressa previsão legal, contida nos artigos 1.037, II, c/c 1.036, §1º, do CPC/15, não impede o julgador originário de apreciar questões urgentes.
> 2. A matéria subjacente ao presente apelo recursal afigura-se pacífica (sendo este um dos critérios adotados para a afetação) possuindo manifestações de ambas as Turmas julgadoras na mesma linha interpretativa. Precedentes.
> 3. Ante a pacífica jurisprudência acerca do tema objeto da afetação, aliada à interpretação equivocada de parte de órgãos julgadores das instâncias ordinárias, os quais determinaram a suspensão indiscriminada e sem observância aos critérios definidos por esta eg. Segunda Seção -identidade de processos que versem sobre a mesma questão jurídica e a possibilida-

> de do exame de questões urgentes -convém seja mais uma vez esclarecida e afastada a determinação de suspensão de tramitação dos processos em curso no território nacional, evitando-se, dessa forma, o risco de perecimento de direitos e a propagação, ainda que não absoluta, da equivocada leitura do comando dado por esta Casa.
> 4. Questão de ordem acolhida, por unanimidade, para afastar a determinação de suspensão/sobrestamento do processamento de todos os feitos e recursos pendentes.

Consta dos autos ainda a habilitação de diversas instituições na condição de *amicus curiae*, entre elas a Associação Nacional das Instituições de Crédito Financiamento e Investimento (ACREFI), a FEBRABAN e o Banco Central e Associação Brasileira de Administradoras de Consórcio (ABAC).

Ouvido, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo provimento dos recursos (fls. 537-543 do REsp n. 1.951.888/RS; fls. 583-544 do REsp n. 1.951.662/RS).

Levados a julgamento nesta Seção, o relator conheceu de ambos os apelos, mas, no mérito, negou-lhes provimento.

É o relatório.

Pedi vista dos recursos especiais porque, *data venia* do posicionamento do doutro relator, no mérito, entendo de forma diversa, tão somente quanto à parte final do voto. Entende o relator ser necessária a comprovação do efetivo recebimento da notificação (pelo próprio interessado ou por terceiros); ao contrário, considero como consectário lógico da lei que a obrigatoriedade **limita-se à demonstração do envio da notificação ao endereço indicado no contrato**.

Assim, nestes dois julgamentos, a controvérsia cinge-se a definir se, para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente ou não **o envio de notificação** extrajudicial **ao endereço do devedor indicado no instrumento contratual e se é dispensável, por conseguinte, a prova de que a assinatura do aviso de recebimento seja do próprio destinatário**.

Inicialmente, reforço os fundamentos desenvolvidos pelo relator sobre a importância da definição da questão, sobretudo neste momento pós-pandemia de covid e, portanto, de retomada do crescimento econômico e de busca de maior estabilidade econômico-social no Brasil.

Para tanto, é imprescindível considerar que a própria dinâmica do crescimento do mercado de crédito depende de uma série de fatores, entre eles a garantia dos negócios creditícios, que, sem dúvida, pode ser considerada um dos mais relevantes, pois a ela estão necessariamente atreladas a interpretação ju-

dicial que os tribunais dão à matéria e a segurança jurídica que das decisões decorre.

Muito significativos foram os dados trazidos pelo relator sobre o mercado financeiro brasileiro e sobre a imprescindibilidade da segurança jurídica como elemento fomentador dos negócios e da própria economia.

Aliás, reforço os fundamentos, trazendo ainda os dados do último relatório do Doing Business. Trata-se de pesquisa elaborada anualmente pelo Banco Mundial com o objetivo de mensurar a facilidade de se fazer negócio e a qualidade do ambiente regulatório para empreendedores em 190 países. O relatório analisa uma série de indicadores relativos a diferentes aspectos da vida empresarial (abrir uma empresa, pagar tributos, construir e registrar propriedades, obter crédito, exportar e importar, etc.). O foco está na análise de empresas de pequeno e médio porte que atendam a todos os requisitos da legislação, estando o Brasil na 125ª posição na classificação geral de facilidades para fazer negócios, atrás de países africanos como Ruanda (38ª posição) e Quênia (56ª posição) ou latino-americanos como Chile e México, respectivamente, na 59ª e na 60ª posição. (Disponível em:<https://archive.doingbusiness.org/en/rankings >. Acesso em: 9/2/2023).

Observa-se que essa pesquisa mostra a facilidade ou dificuldade que empreendedores enfrentam ao fazer negócios e o objetivo não é avaliar apenas a legislação específica de cada país, mas analisar procedimentos e regulações que condicionam, na prática, o funcionamento de empresas, sendo certo que no requisito "facilidade em fazer negócios" está inserida especialmente a segurança jurídica nos negócios, que decorre, em elevado grau, da resposta dos tribunais às demandas contratuais (em especial o tempo de duração dos processos).

Uma comparação entre o Brasil e outros países, especialmente do grupo de países emergentes, revela que o país ainda se encontra em posição desconfortável no *ranking* do Doing Business, havendo, portanto, espaço considerável para melhora.

Mediante análise do relatório regional do Doing Business Brasil 2021 (https://subnational.doi ngbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Subnational/DB2021_SNDB_Brazil_Full-report_English.pdf), constata-se que os processos longos e complexos são um grande desafio para os empresários brasileiros nas cinco áreas regulatórias de negócios.

Consta desse relatório que o alto custo para fazer negócios no Brasil continua sendo um tema de debate no país. A expressão "Custo Brasil" refere-se à complexidade enfrentada para cumprir

a regulamentação, como os obstáculos à formalização, processos complexos e custos operacionais, o que torna os bens e serviços brasileiros mais onerosos que os de muitos outros países.

Constam ainda do documento as discrepâncias existentes no Brasil, uma vez que, nas cinco áreas analisadas no estudo, o desempenho na execução de contratos é o que mais varia, pois os tribunais são organizados no nível estadual e há muita diversidade em cada um deles. Destaca-se que as empresas que procuram resolver um litígio comercial verificam que é menos oneroso e quase três vezes mais rápido passar pelo Tribunal de Sergipe (538 dias, mais rápido do que na Dinamarca) do que pelo do Estado do Espírito Santo (1.516 dias, ligeiramente mais do que na Índia). As custas judiciais até a sentença – incluindo custas iniciais, notificações e peritos – variam de 3,7% do valor da ação, no Rio Grande do Norte, a 13,4%, no Piauí.

Evidenciado fica no relatório o que a experiência de atuar no Superior Tribunal de Justiça já mostra há tempos: a existência de vários "Brasis" dentro de um único país, inclusive dentro do próprio sistema judiciário.

Assim é que, considerando em especial a natureza da função constitucional atribuída a esta Corte e sua responsabilidade de interpretação última da lei federal e solução definitiva dos casos, evidencia-se, com mais força, a relevância da interpretação qualificada que somos levados a fazer em matérias como esta, que estão diretamente ligadas à estabilidade do mercado financeiro e da própria economia do país. Também se evidencia a transcendência das decisões do STJ, que, muito além de julgar o conflito entre as partes, tem o poder e a responsabilidade de, através de suas decisões, ditar regras de condutas sociais e até mesmo financeiras.

Na linha do entendimento expresso pelo Ministério Público Federal, reputo madura e urgente **a fixação da tese** para amparar a formação de um precedente qualificado desta Corte, uma vez que ambas as Turmas da Segunda Seção fixaram o entendimento de que, nos contratos com garantia de alienação fiduciária, o envio de correspondência ao endereço contratual do devedor com registro de aviso de recebimento é suficiente para a comprovação da mora, não se exigindo que a assinatura de confirmação do referido aviso seja do próprio destinatário.

Isso porque não há como ignorar a referida transcendência das decisões desta Casa, uma vez que, ao decidirmos temas relevantes como este, estaremos inclusive pautando a conduta do cidadão comum e, no caso con-

creto, pautando as relações contra-tuais no Brasil.

Não por acaso, as instituições de relevância nacional antes mencionadas vieram aos autos e habilitaram-se na qualidade de *amicus curie*, pretendendo, inquestionavelmente, reforçar a relevância deste julgamento para o processo de segurança e retomada do crescimento.

Dessa forma, à luz dos princípios da previsibilidade e da coerência na aplicação das leis, especialmente nos ambientes financeiro e dos negócios, entendo devemos focar a interpretação desta matéria, visando garantir aos investidores e empresas um cenário mais previsível, razoável e estável e, assim, fortalecer as as relações de negócios.

Nessa linha é que entendo que a matéria aqui debatida deve estar adstrita à própria lei, que prevê, no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, o seguinte (destaquei):

> **§ 2º** A mora decorrerá do **simples vencimento** do prazo para pagamento e **poderá** ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, **não se exigindo** que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014.)

O dispositivo legal é, portanto, **expresso** ao prever que a mora nos contratos de alienação fiduciária decorrerá **do simples vencimento do prazo para pagamento** e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, **não exigindo** que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

Consequentemente, uma interpretação **literal** do dispositivo enseja a conclusão de que, para a constituição do devedor em mora, exige-se **tão somente** o vencimento do prazo para pagamento, não havendo dúvida sobre isso, porquanto o texto da lei utiliza a expressão **"simples vencimento"**, que, nesse caso, quer literalmente dizer **tão somente ou nada mais** que o vencimento do prazo para pagamento.

Com efeito, ao dispensar a interpelação do devedor para sua constituição em mora, o legislador estabelece regra que a doutrina denomina de *dies interpellat pro homine*, ou seja, a chegada do dia do vencimento da obrigação corresponde a uma interpelação, de modo que, não pagando a prestação no momento ajustado, encontra-se em mora o devedor.

Assim, se a mora decorre do mero inadimplemento, prescinde de qualquer atitude do credor, já que advém automaticamente do atraso.

Após dispor que a mora decorre do simples vencimento do prazo, o legislador estabeleceu ainda que a mora **poderá** ser

comprovada por "carta registrada com aviso de recebimento", dispondo expressamente que não se exige "que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário". Nesse contexto, a literalidade da lei, que escolheu o vocábulo **poderá** em vez de **deverá**, e os conceitos jurídicos que ela exprime, por si sós, já são elementos suficientes para dirimir a controvérsia sobre a qual versam os apelos especiais.

Isso porque, no meu entender o legislador não deixou espaço para dúvidas. Primeiro, dispôs que a mora inicia-se com a inobservância dos termos pactuados para o pagamento. Em seguida, definiu que a mora **poderá ser comprovada** com aviso de recebimento, mas não exigiu que a assinatura no recibo da interpelação seja a do próprio devedor.

Assim, repito, a simples escolha do **poderá** evidencia tratar-se de mera formalidade, pois, nas hipóteses em que o legislador prevê uma obrigatoriedade, um vínculo material, usa o termo **deverá** e não o termo **poderá**.

Registre-se que, nos recursos ora analisados, discute-se tão somente esse momento posterior ao inadimplemento, ou seja, a forma de interpelação de devedor inadimplente.

Nos acórdãos recorridos, o Tribunal de origem adotou as seguintes premissas: (a) a parte recorrente tentou, em três oportunidades, notificar extrajudicialmente o devedor, via Correios, tendo todas as diligências apresentado resultado negativo (REsp n. 1.951.662/RS); (b) a notificação foi enviada, por carta registrada com aviso de recebimento, ao endereço **do devedor fornecido quando do contrato**, a qual não foi concretizada em decorrência da certidão dos Correios de que a carta deixara de ser entregue no endereço do destinatário pelo motivo "ausente" (REsp n. 1.951.888/RS).

Ademais, os acórdãos recorridos concluíram que não houve "regular constituição em mora" em decorrência da não comprovação de outras tentativas de notificação prévia pela instituição financeira credora antes do ajuizamento da ação de busca e apreensão, destacando que o banco autor não promoveu outras tentativas de notificação prévia ao ajuizamento da ação (REsp n. 1.951.662/RS) e que os documentos apresentados pela instituição financeira não provam que a notificação atingiu sua finalidade (REsp n. 1.951.888/RS).

A meu sentir, ambas as decisões do Tribunal de origem **extrapolam a previsão legal**, na medida em que estabelecem **exigências não previstas em lei** para a comprovação da constituição em mora do devedor, pois não se trata, em ambos os casos, de contratos ga-

rantidos mediante alienação fiduciária.

Não bastasse a expressa previsão na lei de dispensa das formalidades para a constituição em mora do devedor no contrato com cláusula de alienação fiduciária, o dispositivo legal estabelece que **a comprovação poderá** ser por carta registrada com aviso de recebimento, sendo **dispensável**, portanto, **não exigível**, que a assinatura constante do referido aviso **seja a do próprio destinatário**.

Verifica-se, portanto, que a lei estabeleceu que a comprovação é **mera formalidade**, pois primeiro usa o termo **poderá** e, na sequência, dispensa que a assinatura seja do próprio destinatário. Se é a própria lei que **torna não exigível** a demonstração cabal de ciência do próprio devedor, não pode ser outra a interpretação do Tribunal de origem e, menos ainda, a do STJ, cuja responsabilidade não se limita à análise do caso concreto, mas vincula, de forma transcendental, as relações contratuais à sua decisão.

Além dessa interpretação literal do dispositivo, da análise **sistemática** ressai a conclusão de que pretendeu a lei tão somente estabelecer a **forma do processo** nas hipóteses em que a garantia do crédito deu-se por alienação fiduciária, na medida em que não se pode ignorar que a cláusula de alienação fiduciária nos contratos **caracteriza-se por uma via de mão dupla**, ou seja, é uma garantia bilateral, uma vez que a vantagem econômica do contrato é buscada **por ambas** as partes, não somente pelo credor.

Nessa linha, o benefício para o credor situa-se no fato de que, caso seja a obrigação inadimplida, a propriedade consolidar-se-á em suas mãos, facultando-se-lhe, inclusive, excutir o bem para satisfazer a dívida, o que, sem dúvida, torna mais sólida sua garantia de receber o valor.

É, portanto, nessa lógica de garantia eficaz que a lei prevê, no *caput* do art. 2º, que, "no caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia **ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial**, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas" (redação dada pela Lei n. 13.043/2014).

Por outro lado, a garantia também interessa ao devedor, na medida em que essa cláusula prevê a possibilidade de obter crédito em condições bem melhores, uma vez que, na au-

sência da referida garantia, o crédito seria concedido sob condições mais onerosas para ele ou, eventualmente, não poderia sequer ser concedido em razão de seu perfil.

Assim, se, na origem, o contrato é um negócio jurídico bilateral, em que se estabelece a alienação fiduciária **em garantia** e cujo objetivo é a vantagem econômica e o equilíbrio das relações entre as partes, não se pode permitir que, na conclusão desse mesmo negócio, ocorra um desequilíbrio, ou seja, as regras sejam tendenciosas e, portanto, tragam mais ônus ao credor em benefício exclusivo do devedor.

Impõe-se que o mesmo equilíbrio presente nas relações de negócio na origem permaneça até a conclusão final do contrato, quer seja pelo adimplemento pelo devedor fiduciante, o que enseja a perda pelo credor fiduciário da propriedade sobre o bem, quer seja pelo não pagamento, quando a própria lei autoriza a efetivação da propriedade do bem, já que o credor fiduciário, enquanto não se resolve o contrato, permanece com o bem ou com o direito de sua posse, na condição de depositário.

Assim, finalmente, também uma **análise teleológica do dispositivo legal** enseja inafastável a conclusão de que a lei, ao assim dispor, pretendeu trazer elementos de estabilidade, equilíbrio, segurança e facilidade para os negócios jurídicos, de modo que é incompatível com o espírito da lei interpretação diversa, como a que se pretendeu fazer na espécie, que enseja maior ônus ao credor, em benefício exclusivo do devedor fiduciante.

Dessa forma, vinculado ao texto legal expresso, entendo que **não há necessidade** de que a notificação extrajudicial remetida ao devedor fiduciante para comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária **seja recebida pessoalmente por ele.**

Com efeito, assim como a mora decorre do simples vencimento, por **mera formalidade** legal, para o ajuizamento da ação de busca e apreensão, deverá **"apenas"** ser comprovada pelo credor a **formalidade da comunicação do devedor**, o que deverá ser feito mediante envio de notificação, por via postal e com aviso de recebimento, ao endereço do devedor indicado no contrato.

A formalidade que a lei exige do credor nessas hipóteses é tão somente a **prova do envio** da notificação, via postal e com aviso de recebimento, ao **endereço do contrato**, sendo desnecessária a prova do recebimento.

Comprovado o envio, não cabe perquirir se a notificação será recebida pelo próprio devedor ou por terceiros, porque

essa situação é mero desdobramento do ato, já que a formalidade exigida pela lei é a prova do envio ao endereço constante do contrato. Assim, se o devedor pretender eximir-se do recebimento da notificação e, para tanto, ausentar-se, isso é igualmente indiferente.

Na mesma linha, não é exigível que o credor se desdobre para localizar o novo endereço do devedor. Ao contrário, cabe ao devedor que mudar de endereço informar a alteração ao credor.

Isso se dá porque, ao formalizar um contrato com garantia da alienação fiduciária, já tem o devedor plena consciência das regras e das consequências do não pagamento. Inclusive, ao dar a garantia, ele já sabe que, até o final do contrato, deixa de ter a efetiva propriedade do bem, pois transfere ao credor fiduciário, durante a vigência do contrato, a propriedade e até mesmo o direito de tomar posse do bem, caso ocorra o inadimplemento da obrigação.

Ademais, é público e notório que as instituições financeiras, antes de ingressarem com ação de busca e apreensão, já se desdobraram no âmbito administrativo para receber os valores, pois, como regra, a ação judicial é a última medida que o credor toma para assegurar seu crédito.

Observa-se ainda que o entendimento pacífico da Segunda Seção já é no sentido de que, na alienação fiduciária, a mora constitui-se *ex re*, isto é, decorre automaticamente do vencimento do prazo para pagamento. Ou seja, a mora decorre do simples vencimento do prazo. Naturalmente, tal particularidade significa que o devedor estará em mora quando deixar de efetuar o pagamento no **tempo**,

lugar e forma contratados (arts. 394 e 396 do Código Civil).

Com efeito, desse mesmo entendimento decorre a conclusão de que, tanto para a constituição do devedor em mora quanto para o posterior ajuizamento da ação de busca e apreensão, a lei pretendeu estabelecer meras formalidades, uma vez que o descumprimento do contrato decorre da ausência de pagamento.

Então, se o objetivo da lei é meramente formal, deve ser igualmente formal o raciocínio sobre as exigências e, portanto, sobre a própria sistemática da lei, concluindo-se que, para ajuizar a ação de busca e apreensão, basta que o credor **comprove o envio de notificação por via postal ao endereço indicado no contrato**, não sendo imprescindível seu recebimento pessoal pelo devedor.

Essa é, a meu ver, a premissa básica, a partir da qual ficam sanadas as questões submetidas a esta Corte, não somente nos dois casos ora em exame mas também

nas demais hipóteses postas sob o crivo dos repetitivos no Tema 1.132 do STJ: "Definir se, para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente o envio de notificação no instrumento contratual, dispensando-se que a assinatura do AR seja do próprio destinatário".

Não obstante os fundamentos expostos pelo relator, entendo que a resposta aqui deve decorrer de uma análise lógica, literal e deontológica da lei, no sentido de que, para a comprovação da mora nos contratos de alienação fiduciária, é suficiente o envio da notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, sendo, portanto, dispensável a prova ou a assinatura do recebimento.

Essa conclusão abarca como consectário lógico situações outras igualmente submetidas à apreciação deste Tribunal, tais como quando a notificação enviada ao endereço do devedor retorna com aviso de "ausente", de "mudou-se", de "insuficiência do endereço do devedor" ou de "extravio do aviso de recebimento", reconhecendo-se que cumpre ao credor demonstrar **tão somente o comprovante do envio** da notificação com aviso de recebimento ao endereço do devedor indicado no contrato.

Exatamente com base nesse mesmo entendimento, a Terceira Turma reformou acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em processo semelhante ao ora analisado, em que a Corte de origem, assim como nestes autos, extinguiu a ação de busca e apreensão de automóvel com alienação fiduciária porque a notificação extrajudicial de cobrança não tinha sido entregue pessoalmente ao devedor e não houve complementação de diligência por parte da financeira.

A propósito:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DL 911/69. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. AVISO DE RECEBIMENTO (AR) COM INFORMAÇÃO DE QUE O DEVEDOR MUDOU-SE. COMPROVAÇÃO DO RECEBIMENTO PESSOAL. DESNECESSIDADE. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INDEVIDA.
>
> 1. Ação de busca e apreensão da qual se extrai este recurso especial, interposto em 16/5/19 e concluso ao gabinete em 1º/8/19.
>
> 2. O propósito recursal consiste em definir se é imprescindível a comprovação simultânea do encaminhamento de notificação ao endereço constante no contrato e do seu recebimento pessoal, para a constituição do devedor em mora nos contratos de alienação fiduciária.
>
> 3. **O prévio encaminhamento de notificação ao endereço informado no contrato**

pelo Cartório de Títulos e Documentos é suficiente para a comprovação da mora, tornando-se desnecessário ao ajuizamento da ação de busca e apreensão que o credor fiduciário demonstre o efetivo recebimento da correspondência pela pessoa do devedor.
4. O retorno da carta com aviso de recebimento no qual consta que o devedor "mudou-se" não constitui, por si só, fundamento para dizer que não foi constituído em mora.
5. A bem dos princípios da probidade e boa-fé, não é imputável ao credor fiduciário a desídia do devedor que deixou de informar a mudança do domicílio indicado no contrato, frustrando, assim, a comunicação entre as partes.
6. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem extinguiu o processo sem resolução de mérito, por ausência de comprovação da mora para o ajuizamento da ação de busca e apreensão, sob o fundamento de o AR constar a mudança do devedor. Esse entendimento não se alinha à jurisprudência do STJ.
7. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.828.778/RS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 27/8/2019, DJe de 29/8/2019, destaquei.)

Apesar da existência de precedentes em sentido diverso, como indicado pelo relator, também existem vários outros precedentes no sentido ora defendido:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CONSTITUIÇÃO EM MORA. REEXAME DE PROVA. SÚMULA 7/STJ.
1. **De acordo com a jurisprudência desta Corte, a notificação extrajudicial enviada ao endereço indicado no contrato e devolvida em virtude de mudança do devedor caracteriza-se como cumprida a formalidade necessária ao ajuizamento da ação de busca e apreensão do bem, se o novo endereço não havia sido devidamente comunicado pelo réu. Precedente.**
2. No caso, ficou assentado no acórdão recorrido que a parte ré não se mudou de endereço. Nesse contexto, o acolhimento da pretensão recursal exigiria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, atraindo o óbice da Súmula 7 do STJ.
3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 2.096.404/SP, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 5/9/2022, destaquei.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. HARMONIA ENTRE O ACÓRDÃO RECORRIDO E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 568/STJ. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRU-

DENCIAL. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.
1. Ação de busca e apreensão.
2. **Para a constituição do devedor em mora nos contratos de alienação fiduciária, é imprescindível a comprovação de encaminhamento de notificação ao endereço constante do contrato, bem como de seu efetivo recebimento, ' entretanto, que a notificação pessoal tenha sido recebida pelo próprio devedor.**. Ante o entendimento dominante do tema nas Turmas de Direito Privado, aplica-se, no particular, a Súmula 568/STJ.
3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
4. A incidência da Súmula 7/STJ prejudica a análise do dissídio jurisprudencial pretendido. Precedentes desta Corte.
5. Agravo interno não provido. (AgInt no AgInt no AREsp n. 2.063.991/MS, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/9/2022, DJe de 21/9/2022, destaquei.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃOFIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. NOTIFICAÇÃO. DEVOLUÇÃO DO AVISO DE RECEBIMENTO COM ANOTAÇÃO DE MUDANÇA DE ENDEREÇO. REVISÃO DO ACÓRDÃO. SÚMULA 7/STJ.
1. Não se constata violação dos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015. Isso porque, embora rejeitados os embargos de declaração, o Tribunal de origem indicou adequadamente os motivos que lhe formaram o convencimento, analisando de forma clara, precisa e completa as questões relevantes do processo e solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.
2. Quando a notificação extrajudicial é enviada ao endereço indicado no contrato de alienação fiduciária e devolvida em virtude de mudança do devedor, caracteriza-se cumprida a formalidade necessária ao ajuizamento da ação de busca e apreensão do bem, se o novo endereço não havia sido devidamente comunicado pelo réu (REsp 1.860.426, de minha relatoria, DJ de 19.3.2020).
3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.805.403/RJ, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 19/8/2022.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃOFIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. MORA. COMPROVAÇÃO. AUSÊNCIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO DO JULGADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Nos contratos de alienação fiduciária em garantia regidos pelo Decreto-Lei n. 911/1969, a mora se configura automaticamente quando vencido o prazo para o pagamento (mora ex re), mas o deferimento da busca e apreensão tem como pressuposto a comprovação desse fato por meio de notificação extrajudicial do devedor fiduciante. Súmula n. 72 do STJ.

> 2. Para a comprovação da mora é imprescindível que a notificação extrajudicial seja encaminhada ao endereço do devedor, ainda que seja dispensável a notificação pessoal. Precedentes.
> 3. Nas hipóteses em que o Tribunal a quo assenta a premissa fática de que a notificação não foi entregue no endereço da devedora, é impossível modificar-se esse entendimento em recurso especial, para concluir pela comprovação da mora, em atenção ao enunciado n. 7 da Súmula do STJ.
> 4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp n. 876.487/PR, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 15/9/2016, DJe de 26/9/2016.)

Assim, na linha do parecer do Ministério Público Federal e com base nas razões e pareceres técnicos apresentados pelas instituições que se habilitaram como *amicus curiae*, entendo que a questão está suficientemente madura para a fixação de tese, que proponho seja a seguinte: **Para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros**.

No caso concreto **dos recursos especiais 1.951.888/RS e 1.951.662/RS** ora em julgamento, **sou pelo provimento a ambos para reformar a decisão do TJRS , invertendo-se, via de consequência, os ônus sucumbenciais.**

É como voto.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Sr. Presidente, cumprimento o Ministro Marco Buzzi e o Ministro Noronha pelo excelente debate.

Reconheço que há muitas decisões no sentido do voto do Ministro Buzzo, inclusive de minha relatoria, mas agora, em face do voto do Ministro Noronha, complementado pelo voto do Ministro Raul, que põe em relevo a circunstância de que se trata apenas de comprovação da mora e não de constituição em mora, penso que, tendo a correspondência sido enviada para o endereço do contrato, a lei dispensa a comprovação do recebimento pelo devedor, estando suficientemente comprovada a mora para o efeito de prosseguimento da ação.

Sendo de se destacar, embora não tenha sido essa questão apreciada pelo acórdão recorrido, donde há impossibilidade de exame do recurso especial, nesse ponto, que, no Recurso Especial n. 1.951.662/RS, foi inclusive feito o protesto do título por iniciativa do juiz que facultara a emenda à inicial.

Com essas considerações, peço vênia ao Relator e adiro à divergência iniciada pelo Ministro João Otávio Noronha.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

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 Marco Buzzi, Relator, conhecendo do recurso especial, negando-lhe provimento e propondo enunciado de tese repetitiva, pediu VISTA antecipada o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro João Otávio de Noronha abrindo divergência, dando provimento ao recurso especial e propondo tese repetitiva diversa, pediu VISTA REGIMENTAL o Sr. Ministro Marco Buzzi, Relator.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Raul Araújo, Paulo

de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após voto-vista regimental do Sr. Ministro Relator ratificando seu voto, pediu nova VISTA o Sr. Ministro João Otávio de Noronha, considerada VISTA COLETIVA, nos termos do art. 161, § 2º, do RISTJ.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Não participou do julgamento a Sra. Ministra Nancy Andrighi.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Retomado o julgamento, após as ratificações de votos dos Srs. Ministro João Otávio de Noronha e Marco Buzzi, a Segunda Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos à origem para que se processe a ação de busca e apreensão.

Para os fins repetitivos, foi aprovada a seguinte tese no Tema 1.132: "Para a comprovação da mora nos contratos garantidos por alienação fiduciária, é suficiente o envio de notificação extrajudicial ao devedor no endereço indicado no instrumento contratual, dispensando-se a prova do recebimento, quer seja pelo próprio destinatário, quer por terceiros."

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Vencido o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Votaram com o Sr. Ministro João Otávio de Noronha os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti e Ricardo Villas Bôas Cueva. Não participou do julgamento a Sra. Ministra Nancy Andrighi. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Superior Tribunal de Justiça

Alienação fiduciária. Ausência de registro do contrato. Efeitos. [1]

EMENTA OFICIAL

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. IMÓVEL. COMPRA E VENDA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REGISTRO. AUSÊNCIA. EFEITOS ENTRE OS CONTRATANTES. MANUTENÇÃO. ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL. REGISTRO. IMPRESCINDIBILIDADE.

1. A ausência do registro do contrato de alienação fiduciária no competente Registro de Imóveis não lhe retira a eficácia, ao menos entre os contratantes, servindo tal providência apenas para que a avença produza efeitos perante terceiros.

2. Ainda que o registro do contrato no competente Registro de Imóveis seja imprescindível à constituição da propriedade fiduciária de coisa imóvel, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/1997, sua ausência não retira a validade e a eficácia dos termos livre e previamente ajustados entre os contratantes, inclusive da cláusula que autoriza a alienação extrajudicial do imóvel em caso de inadimplência.

3. O registro, conquanto despiciendo para conferir eficácia ao contrato de alienação fiduciária entre devedor fiduciante e credor fiduciário, é, sim, imprescindível para dar início à alienação extrajudicial do imóvel, tendo em vista que a constituição do devedor em mora e a eventual purgação desta se processa perante o Oficial de Registro de Imóveis, nos moldes do art. 26 da Lei nº 9.514/1997.

4. A ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente Registro de Imóveis não confere ao devedor fiduciante o direito de promover a rescisão da avença por meio diverso daquele contratualmente previsto, tampouco impede o credor fiduciário de, após a efetivação do registro, promover a alienação do bem em leilão para só então entregar eventual saldo remanescente ao adquirente do imóvel, descontados os valores da dívida e das demais despesas efetivamente comprovadas.

5. Embargos de divergência não providos.

---

[1] Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=210696386&registro_numero=202000625708&peticao_numero=&publicacao_data=20231009&formato=PDF>.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti negando provimento aos embargos de divergência, e a ratificação de voto da Sra. Ministra Relatora dando-lhes provimento, decide a Segunda Seção, por maioria, negar provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto divergente do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva declarado na sessão de 08 03 2023.

Lavará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi (Relatora), Marco Buzzi e Marco Aurélio Bellizze.

Votaram com o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antônio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 27 de setembro de 2023(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Relator.

EREsp 1.866.844.

DJe 09/10/2023.

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (RELATORA):

Cuida-se de embargos de divergência em recurso especial interpostos por JOSÉ FRANCISCO MEDEIROS e NATALINA RAVELI MEDEIROS, contra acórdão proferido pela Quarta Turma deste STJ no julgamento do AgInt no AgInt nos EDcl no REsp 1.866.844/SP.

Embargos de divergência interpostos em: 5/8/2022.

Concluso ao gabinete em: 12/9/2022.

Ação: de rescisão contratual c/c pedido de restituição das quantias pagas, ajuizada em 11/10/2016, por JOSÉ FRANCISCO MEDEIROS e NATALINA RAVELI MEDEIROS contra SPE RESIDENCIAL PARQUE DOS IPES EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA.

Sentença: o Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na inicial, "para (i) declarar a rescisão dos contratos, guindada à definitiva a tutela antecipatória concedida, (ii) condenar a demandada na restituição de 75% dos valores efetivamente pagos, descontando-se eventuais débitos em aberto de IPTU ou de despesas condominiais. Os valores serão acrescidos de juros de mora desde a citação e correção monetária desde o desembolso, e o deverão ser pagos em parcela única" (e-STJ fl. 147).

Acórdão: o TJ/SP deu parcial provimento à apelação interposta por SPE RESIDENCIAL,

"apenas para fixar o tempo inicial dos juros de mora a partir do trânsito em julgado" (e-STJ fl. 206), nos termos da seguinte ementa:

> RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. Ação ajuizada pelo comprador visando o desfazimento do negócio. Irrelevância da garantia pois não registrada na matrícula do imóvel. Não atendimento ao art. 23 da Lei nº 9.514/97. Precedentes. Verificada a culpa do comprador pela rescisão, possível a retenção pela vendedora de 25% dos valores pagos a título de ressarcimento de despesas com administração, corretagem, publicidade e ocupação do bem (Súmula 1, TJSP). Juros de mora que são devidos somente a partir do trânsito em julgado, sentença modificada nesta parte. Recurso parcialmente provido. (e-STJ fl. 200)

Recurso especial: interposto por SPE RESIDENCIAL, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional. Alegou violação dos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997, além de dissídio jurisprudencial.

Sustentou que, quando há previsão contratual de alienação fiduciária em garantia de bem imóvel, o procedimento previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/97 – qual seja, o de venda extrajudicial do bem anteriormente ao recebimento de eventuais diferenças pelo devedor fiduciante – deve ser observado na devolução dos valores.

Aduziu, ainda, que a ausência de registro da garantia não implica a invalidade ou ineficácia no negócio jurídico em relação às partes contratantes, devendo, ainda assim, ser aplicada a Lei nº 9.514/97, que prevalece sobre o CDC.

Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso (e-STJ fl. 343).

Decisão unipessoal de e-STJ fls. 353-356: negou provimento ao recurso especial.

Decisão unipessoal de e-STJ fls. 373-376: rejeitou os embargos de declaração.

Decisão unipessoal de e-STJ fls. 397-401: diante do agravo

interno interposto por SPE RESIDENCIAL, reconsiderou a decisão de e-STJ fls.

353-356 e, em novo julgamento, deu provimento ao recurso especial para julgar improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Acórdão da 4ª Turma do STJ: negou provimento ao agravo interno interposto por JOSÉ e NATALINA, nos termos da seguinte ementa:

> AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RESCISÃO DO CONTRATO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.514/1997. CÓDIGO DE

> DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. REGISTRO DO CONTRATO EM CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. PRESCINDIBILIDADE.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, diante da incidência do art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997, que disciplina de forma específica a aquisição de imóvel mediante garantia de alienação fiduciária, não se cogita da aplicação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, em caso de rescisão do contrato por iniciativa do comprador, ainda que ausente o inadimplemento.
> 2. A jurisprudência desta Corte Superior entende que não é necessário o registro do contrato garantido por alienação fiduciária no Cartório de Títulos e Documentos para que o pacto tenha validade e eficácia, visto que tal providência tem apenas o intuito de dar ciência a terceiros. Precedentes.
> 3. Agravo interno a que se nega provimento. (e-STJ fl. 428)

Embargos de divergência: apontam a existência de dissídio jurisprudencial entre o acórdão embargado e o acórdão proferido pela Terceira Turma no julgamento do REsp 1.911.050/SP, no que se refere à necessidade ou não do registro do contrato para a constituição da propriedade fiduciária.

Decisão unipessoal de e-STJ fl. 494: admitiu os embargos de divergência.

É o relatório.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (RELATORA):

O propósito dos embargos de divergência é definir se a previsão de cláusula de alienação fiduciária em garantia, em instrumento particular de compra e venda de imóvel, impede a resolução do ajuste por iniciativa do adquirente, independentemente da ausência de registro do contrato no competente Registro de Imóveis.

1. DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

1. O acórdão paradigma foi proferido no REsp 1.911.050/SP, decorrente de uma ação de rescisão de contrato particular de compra e venda de imóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia, o qual, como consignado na instância de origem, não foi registrado no respectivo Registro de Imóveis.

2. Na ocasião, o TJ/SP decidiu pela necessidade do registro para constituir a propriedade fiduciária, na forma do art. 23, de modo que, sem o registro, não se aplica o procedimento previsto nos arts. 26 e 27 todos da Lei nº 9.514/1997.

3. Diante disso, a ré (SPE RESIDENCIAL) interpôs recurso especial, alegando dissídio e violação aos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997.

4. A Terceira Turma adotou o mesmo entendimento do acórdão recorrido, concluindo pela necessidade do registro no Registro de Imóveis, por sua natureza constitutiva, e negou provimento ao recurso interposto pela SPE RESIDENCIAL.

5. Por sua vez, o acórdão embargado foi proferido no REsp 1.866.844/SP, também decorrente de uma ação de rescisão de contrato particular de compra e venda de imóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia. De igual modo, foi consignado pelo Tribunal de origem que o referido contrato não foi registrado no Registro de Imóveis (e-STJ fls. 202 e 203).

6. Aqui também, o TJ/SP decidiu pela necessidade do registro para constituir a propriedade fiduciária, na forma do art. 23, de modo que, sem o registro, não se aplica o procedimento previsto nos arts. 26 e 27 todos da Lei nº 9.514/1997 (e-STJ fls. 199-206).

7. Ademais, o recurso especial foi interposto pela mesma parte – SPE RESIDENCIAL –, também alegando dissídio e violação aos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 (e-STJ fls. 209-220).

8. No entanto, o recurso foi provido por decisão unipessoal (e-STJ fls. 397-401), mantida pela Quarta Turma ao julgar o respectivo agravo interno, sob o fundamento da desnecessidade do registro, pois ele tem apenas o intuito de dar ciência a terceiros (e-STJ fls. 428-436).

9. Verifica-se, portanto, que a Quarta Turma divergiu do julgamento proferido pela Terceira Turma, ficando demonstrado, outrossim, que os acórdãos confrontados versam sobre a mesma questão jurídica e apresentam circunstâncias fáticas idênticas, razão pela qual estão presentes os requisitos de admissibilidade dos embargos de divergência, nos termos dos arts. 1.043 do CPC/2015 e 266 do RISTJ, a ser julgado por esta Segunda Seção (art. 12, parágrafo único, I, do RISTJ).

2. DO TEMA 1095/STJ E DA IMPORTÂNCIA DO JULGAMENTO DOS PRESENTES EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

10. No âmbito dos processos em que se discute a resolução de contrato de compra e venda de imóvel com cláusula de alienação fiduciária, uma das principais discussões versava sobre a aplicação ou não do procedimento de alienação do bem, na hipótese de inadimplemento, previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997, em detrimento do art. 53 do CDC.

11. Tratava-se, portanto, de um aparente conflito de normas, e, especificamente sobre esse tema, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que "a Lei n. 9.514/1997, que

instituiu a alienação fiduciária de bens imóveis, é norma especial e também posterior ao Código de Defesa do Consumidor -CDC. Em tais circunstâncias, o inadimplemento do devedor fiduciante enseja a aplicação da regra prevista nos arts. 26 e 27 da lei especial" (AgRg no AgRg no REsp 1.172.146/SP, 4ª Turma, DJe 26/6/2015). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.750.435/DF, 3ª Turma, DJe 22/11/2018).

12. Posteriormente, aportou nesta Corte questão distinta, qual seja, decidir se o registro do contrato com cláusula de alienação fiduciária no Registro de Imóveis tem ou não natureza constitutiva da propriedade fiduciária, de modo que, sem ele, não se perfectibilizaria a garantia real.

13. Nota-se que essa discussão não versa sobre eventual conflito com o CDC, tratando especificamente da interpretação do art. 23 da Lei nº 9.514/1997, segundo o qual "constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título".

14. Não obstante, a tese da necessidade ou não do registro era alegada, na maioria das vezes, com o objetivo prático de sustentar a aplicação ou o afastamento do procedimento de alienação do imóvel, na hipótese de inadimplemento, previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997.

15. Sobre a questão, a Terceira Turma decidiu que "no regime especial da Lei 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade fiduciária e a garantia dela decorrente não se perfazem". Por consequência, "na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fidu-ciária no competente Registro de Imóveis, como determina o art. 23 da Lei 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem" (REsp 1.835.598/SP, 3ª Turma, DJe 17/2/2021).

16. No mesmo sentido: REsp 1.987.389/SP, 3ª Turma, DJe 1/9/2022; e REsp 1.976.082/DF, 3ª Turma, DJe 12/8/2022.

17. Dito isso, observa-se que o Tema 1095/STJ foi inicialmente afetado pela Segunda Seção para decidir apenas sobre a primeira questão, qual seja, a do conflito aparente de normas, conforme delimitado na ProAfR no REsp 1.891.498 e no REsp 1.894.504/SP (DJe 8/6/2021): "definição da tese alusiva à prevalência, ou não, do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de resolução do contrato de compra e venda de bem imóvel com cláusula de alienação fiduciária em garantia".

18. No entanto, ao julgar o referido tema, esta Segunda

Seção também acabou por abordar a questão da necessidade do registro no Registro de Imóveis para a constituição da propriedade fiduciária. Essa abordagem, na realidade, se justifica, tendo em vista que, como mencionado, ambas as teses, na maioria das vezes, eram alegadas em conjunto, para, ao final, discutir sobre a aplicação ou não do procedimento previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997.

19. Na própria fundamentação do precedente mencionado, ficou expressamente consignado que "no regime especial da Lei nº 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade fiduciária e a garantia dela decorrente não se perfazem. Por essa razão, na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente registro de imóveis, como determina o art. 23 da Lei nº 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem" (REsp 1.894.504/SP, Segunda Seção, DJe 19/12/2022).

20. Com efeito, apesar de não ter sido a questão principal do Tema 1095, a tese fixada pela Segunda Seção consignou a necessidade do registro: "em contrato de compra e venda de imóvel com garantia de alienação fiduciária devidamente registrado em cartório, a resolução do pacto, na hipótese de inadimplemento do devedor, devidamente constituído em mora, deverá observar a forma prevista na Lei nº 9.514/97, por se tratar de legislação específica, afastando-se, por conseguinte, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor" (REsp 1.891.498/SP, Segunda Seção, DJe 19/12/2022).

21. De todo o modo, considerando que essa não era a questão principal discutida no Tema 1095/STJ e tendo em vista o entendimento divergente adotado no acórdão embargado, o julgamento dos presentes embargos de divergência se mostra profícuo para afastar qualquer dúvida sobre a necessidade do registro para a constituição da propriedade fiduciária e, consequente-mente, para a aplicação do procedimento previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997, ratificando, assim, o entendimento adotado pela Terceira Turma e pela própria Segunda Seção.

3. DA SOLUÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

3.1. Lineamentos gerais

22. É fundamental ressaltar, inicialmente, que a divergência em exame parece ter origem na aplicação, pelo acórdão embargado, de precedentes desta Corte que, com a devida vênia, não se amoldam à hipótese dos autos.

23. Nesse sentido, confira-se os trechos do acórdão embargado, no que diz respeito à desnecessidade do registro:

> Ademais, ao contrário do entendimento adotado pelo Tribunal de origem, "a jurisprudência desta Corte entende que não é necessário o registro do contrato garantido por alienação fiduciária no Cartório de Títulos e Documentos para que tenha validade e eficácia, uma vez que tal providência tem o intuito apenas de dar ciência a terceiros" (AgInt nos EDcl no AREsp 206.250/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 18.4.2017). [...] Em que pese a existência de precedentes dissonantes, apontados pelos agravantes, a decisão agravada aplicou o entendimento dominante nesta Corte, pois foi pacificado pela Segunda Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.629.470/MS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, ocorrido no dia 11 de dezembro de 2019, ocasião em que, ao apreciar a questão prejudicial destacada, aquele órgão colegiado decidiu, por maioria, que o registro do contrato em cartório não constitui requisito de validade e eficácia da alienação fiduciária a ele vinculada. (e-STJ fls. 435-436)

24. Com efeito, o acórdão embargado se fundamenta em precedentes que versam sobre alienação fiduciária de bem móvel e, nessa hipótese, fixaram o entendimento de que é desnecessário o registro do contrato no Cartório de Títulos e Documentos, para que ele tenha validade e eficácia.

25. Por outro lado, a hipótese dos autos versa sobre alienação fiduciária de bem imóvel e o que se discute é a necessidade do registro do contrato no Registro de Imóveis, para que ocorra a transferência e constituição da propriedade fiduciária do imóvel.

26. Não bastasse isso, a alienação fiduciária de bem imóvel é regulamentada por lei específica (Lei nº 9.514/1997), que, em seu art. 23, exige expressamente o registro do contrato no competente Registro de Imóveis para a constituição da propriedade fiduciária de coisa imóvel.

27. Desse modo, os precedentes mencionados no acórdão embargado não se amoldam à hipótese concreta, que deve ser examinada à luz da Lei nº 9.514/1997, como, ademais, consignado no acórdão paradigma.

3.2. Do duplo regime jurídico da propriedade fiduciária

28. Em linhas gerais, o negócio fiduciário é aquele mediante o qual um sujeito (fiduciante), a fim de garantir uma obrigação, transmite a propriedade de uma coisa ou

a titularidade de um direito a outro (fiduciário), que, se cumprido o encargo, devolve o bem ou o direito ao transmitente. Considera-se fiduciária, assim, a propriedade resolúvel de coisa ou direito que o devedor fiduciante, com escopo de garantia, transfere ao credor fiduciário.

29. No ordenamento jurídico brasileiro, a matéria é disciplinada pelo Código Civil e por uma extensa legislação extravagante.

30. Por isso, aponta a doutrina a coexistência de um duplo regime jurídico da propriedade fiduciária: a) o regime jurídico geral do Código Civil, que disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, sendo o credor fiduciário qualquer pessoa natural ou jurídica; b) o regime jurídico especial, formado por um conjunto de normas extravagantes, basicamente divididas em dois diplomas: (b1) o Decreto-Lei nº 911/1969, acrescido do art. 66-B da Lei nº 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais), atualizados pela redação da Lei nº 10.931/2004, tratando de propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis, além da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito, restrito o credor fiduciário à pessoa jurídica instituição financeira; e (b2) a Lei nº 9.514/1997, também modificada pela Lei nº 10.931/2004, que trata da propriedade fiduciária imobiliária, seja o credor instituição financeira ou não (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direitos reais. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 557).

31. Registra-se que a coexistência de ambos os regimes jurídicos e a solução de eventual conflito de leis foi enfrentada pela Lei 10.931/2004, ao acrescentar o art. 1.368-A no Código Civil para esclarecer que "as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária" (vale dizer, aquelas que não tratam de negócio fiduciário envolvendo bem móvel infungível e firmado entre quaisquer pessoas, naturais ou jurídicas) "submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial".

3.3. Da necessidade de registro para a constituição da propriedade fiduciária de bem imóvel

32. Feita essa distinção acerca da disciplina legal da propriedade fiduciária segundo a sua natureza, cabe destacar que esta Corte possui jurisprudência consolidada no sentido de que, na cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de

títulos de créditos, "a efetivação da transferência da titularidade dos direitos ofertados em garantia ao credor fiduciário ocorre a partir da contratação da cessão de créditos ou de títulos de créditos, estando os bens correlatos excluídos dos efeitos de eventual processo de recuperação judicial do devedor cedente, independentemente de seu registro no Cartório de Títulos e Documentos" (AgInt no REsp 1.706.368/RS, 3ª Turma, DJe 8/11/2018).

33. Realmente, em relação à cessão e à propriedade fiduciária de que trata o art. 66-B da Lei 4.728/65 (Lei do Mercado de Capitais), o entendimento prevalecente é de ser desnecessário o registro em cartório do contrato para que o crédito a ele correspondente seja excluído dos efeitos da recuperação judicial, porquanto "o registro se impõe como requisito tão somente para fins de publicidade, ou seja [...] para que que seja oponível a terceiros que possam ser prejudicados diretamente pela ausência de conhecimento da existência de tal cláusula" (REsp 1.829.641/SC, 3ª Turma, DJe 5/9/2019).

34. No entanto, quanto à propriedade fiduciária de bem imóvel, regida pela Lei nº 9.514/1997, verifica-se que a garantia somente se constitui com o registro do contrato que lhe serve de título no registro imobiliário do local onde o bem se situa.

35. Trata-se de regra expressamente prevista no art. 23 da Lei nº 9.514/1997, segundo o qual "constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título".

36. Com efeito, tal previsão não podia ser diferente, tendo em vista que no sistema jurídico brasileiro, seguindo a tradição romana, a propriedade de bem imóvel, seja resolúvel ou não, apenas é adquirida, a título derivado e *inter vivos*, com o registro do contrato no Cartório de Imóveis.

37. O registro, de fato, tem natureza constitutiva da propriedade fiduciária de coisa imóvel, assim como ocorre em relação aos demais direitos reais sobre imóveis.

38. Consoante explica Melhim Namem Chalhub, "a propriedade fiduciária é direito próprio do credor, um direito real em coisa própria, com função de garantia. Assim, com o registro do contrato da alienação fiduciária, o credor torna-se titular do domínio até que o devedor pague a dívida. O bem, assim, é excluído do patrimônio do devedor, só retornando a ele após o cumprimento da obrigação garantida" (Alienação fiduciária: negócio fiduciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 239).

39. No mesmo sentido, leciona Leandro Marmo que "celebrado o contrato de constituição da alienação fiduciária, somente após realizado o seu registro no cartório de registro de imóveis, é transferida a propriedade do imóvel ao credor fiduciário, registrando-se em seu nome, sendo constituída a propriedade fiduciária, momento em que efetivamente é gerada a garantia real, até que ocorra a satisfação integral do crédito. Momento esse em que passam a existir fiduciante e fiduciário. Destacando-se que, enquanto ainda não registrada, gera efeitos obrigacionais apenas entre os contratantes, após surge também direito real de garantia, com eficácia erga omnes" (Alienação fiduciária de bens imóveis: nulidades e aspectos polêmicos. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-2.5).

40. Não se pode confundir as formalidades exigidas para a celebração do contrato com as necessárias para a constituição da propriedade fiduciária.

41. A teor do art. 38 da Lei nº 9.514/1997, o contrato pode ser celebrado por escritura pública ou instrumento particular, de modo que é desnecessário o seu registro no Cartório de Títulos e Documentos para gerar efeitos obrigacionais entre as partes.

42. Por sua vez, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/1997, como visto, é necessário o registro do respectivo contrato no competente Registro de Imóveis para a constituição da propriedade fiduciária e a consequente consolidação da propriedade em nome do credor na hipótese de inadimplência, na forma dos arts. 26 e 27 do referido diploma legal.

43. Como esclarece Afranio Carlos Camargo Dantzger, "a alienação fiduciária em garantia deveraì ser sempre contratada por escrito, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes juntamente com duas testemunhas. E a propriedade fiduciária só haì de ser considerada constituída mediante o registro do contrato de alienação fiduciária na matricula imobiliária" (Alienação fiduciária de bens imóveis. 3. ed. São Paulo: Método, 2010, p. 48).

44. Assim, pode-se dizer que o instituto da alienação fiduciária de bens imóveis "eì composto por dois elementos, quais sejam: a) o contrato de alienação fiduciária, celebrado nos termos da lei e abrangendo todos os requisitos exigidos pelo art. 24, da própria lei, para a sua validade, e b) a propriedade fiduciária, que eì efetivamente a garantia constituída em nome do credor – fiduciário – e que só será obtida mediante o registro do contrato no Cartório de Registro de Imóveis competente" (*ibid.*, p. 51).

45. No mesmo sentido, Moacyr Petrocelli de Ávila Ribeiro leciona que "no direito brasileiro, não há falar em constituição do direito real de garantia, consubstanciado na alienação fiduciária de bens imóveis, sem o correspondente registro junto ao Oficial de Registro de Imóveis competente" (Alienação fiduciária de bens imóveis -coleção direito imobiliário, v. 10. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. RB-5.6).

46. Confiram-se, ainda, as seguintes lições do autor:

> A estrutura da alienação fiduciária imobiliária, tal qual ocorre com os direitos reais de garantia, releva dois momentos distintos: o da contratação e o do surgimento do direito real. Em termos registrais, a garantia é a propriedade fiduciária, que se constitui com o registro de seu título; este, de sua vez, é o contrato de alienação fiduciária.
> A Lei 9.514/1997, no mencionado art. 23, deixa claro que a garantia real é o domínio fiduciário constituído pelo registro. Efetivamente, é requisito essencial para a constituição da propriedade fiduciária o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Imóveis competente.
> Por fim, certifique-se que na garantia fiduciária os efeitos do não registro são deletérios. Sem o registro o credor fiduciário, dentre tantos efeitos jurídicos negativos, não poderá legitimamente promover a execução extrajudicial perante o Registro de Imóveis; as partes não poderão ceder seus direitos inerentes à propriedade fiduciária; sem falar na possibilidade de o proprietário tabular alienar a terceiros o domínio do imóvel, pendente a alienação fiduciária à margem da tábua registral. (*Ibid.*, p. RB-5.6)

47. Dessa maneira, sem o registro do contrato no competente Registro de Imóveis, há simples crédito, situado no âmbito obrigacional, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor.

48. Essa foi a orientação adotada pela Terceira Turma desta Corte no julgamento do REsp 1.835.598/SP, DJe 17/2/2021, e ratificado no julgamento dos REsp 1.911.050/SP, DJe 14/5/2021 (acórdão apontado como paradigma); REsp 1.982.631/SP, DJe 22/6/2022; REsp 1.976.082/DF, DJe 12/8/2022; e REsp 1.987.389/SP, DJe 1/9/2022.

49. Além disso, como já mencionado, esse entendimento também foi acolhido por esta Segunda Seção, conforme se extrai da fundamentação do acórdão proferido no julgamento do REsp 1.891.498/SP, DJe 19/12/2022, Tema 1095/STJ, que consignou: "no regime especial da Lei nº 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade fiduciária e a ga-

rantia dela decorrente não se perfazem".

50. Como destacado naquela oportunidade, "por essa razão, na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente registro de imóveis, como determina o art. 23 da Lei nº 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor" (REsp 1.891.498/SP, Segunda Seção, DJe 19/12/2022, Tema 1095/STJ).

51. A partir do exposto, o entendimento que deve prevalecer nesta Corte é o adotado pelo acórdão paradigma (REsp 1.911.050/SP), segundo o qual, em síntese, o registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato com cláusula de alienação fiduciária de imóvel tem natureza constitutiva da propriedade fiduciária, a teor do art. 23 da Lei nº 9.514/1997, assim, sem o registro, não incidem os arts. 26 e 27 da mesma lei, por não haver consolidação da propriedade em nome do credor, razão pela qual o adquirente poderá pleitear a rescisão do ajuste, sem precisar se submeter ao procedimento previsto nesses dispositivos.

52. Em outros termos, a previsão de cláusula de alienação fiduciária em garantia, em instrumento particular de compra e venda de imóvel, quando ausente o registro do contrato no competente Registro de Imóveis, não impede a resolução do ajuste por iniciativa do adquirente.

4. DA HIPÓTESE DOS AUTOS

53. Trata-se, na origem, de ação de rescisão contratual c/c pedido de restituição das quantias pagas, ajuizada por JOSÉ e NATALINA (embargantes) contra SPE RESIDENCIAL (embargada).

54. A embargada, contudo, alegou a impossibilidade da rescisão direta do contrato, com restituição de valores, em razão da existência nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 (que prevalece sobre o CDC) de um procedimento específico para a venda extrajudicial do imóvel e eventual devolução de valores, quando vencida e não paga a dívida.

55. No entanto, o Tribunal de origem afastou a aplicação desses dispositivos na hipótese em exame, sob o fundamento de que a propriedade fiduciária do imóvel não foi constituída, diante da "ausência do registro do contrato firmado no CRI, conforme determina o art. 23, da Lei 9.514/97" (e-STJ fl. 202).

56. Nota-se, assim, que o entendimento aplicável à hipótese dos autos é o adotado no acórdão paradigma (REsp 1.911.050/SP), a justificar o pro-

vimento dos presentes embargos de divergência.

57. Com efeito, como visto, os arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 preveem o procedimento de consolidação da propriedade fiduciária do imóvel na hipótese de inadimplência, mas, para tanto, o pressuposto é que a propriedade fiduciária tenha sido constituída, o que só ocorre "mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título", nos exatos termos do art. 23 da referida lei.

58. Desse modo, sem o registro, não foi constituída a propriedade fiduciária do imóvel, e, portanto, não se aplica o procedimento previsto nos arts. 26 e 27 da Lei nº 9.514/1997 – cuja incidência consiste na única alegação trazida pela recorrente (embargada) a justificar a improcedência dos pedidos de rescisão contratual e devolução dos valores.

59. Nesse contexto, afastada a violação a esses dispositivos, não merece ser provido o recurso especial interposto pela SPE RESIDENCIAL (embargada), devendo ser mantido o acórdão proferido pelo Tribunal de origem que, por sua vez, manteve a sentença de parcial procedência quanto à rescisão contratual e à devolução de 75% dos valores pagos.

60. Registra-se, por fim, que o recurso especial não merece ser conhecido pela alínea "c" do permissivo constitucional, uma vez que, além de não haver similitude fática, o recorrente, no único cotejo feito nas razões recursais, apontou decisão monocrática como paradigma (REsp 1.230.384/SP – e-STJ fls. 216 e 252-257) e, segundo a jurisprudência desta Corte, "decisão monocrática não pode ser adotada como paradigma para fins de comprovação da divergência" (AgInt no AREsp 2.002.208/RJ, 3ª Turma, DJe 19/5/2022).

5. DISPOSITIVO

Forte nessas razões, DOU PROVIMENTO aos embargos de divergência para, reformando o acórdão embargado, CONHECER PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, considerando o trabalho adicional imposto aos advogados dos recorridos (embargantes), em virtude da interposição do recurso especial, majoro para 15% os honorários fixados em desfavor da recorrente (embargada).

VOTO-VOGAL

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. IMÓVEL. COMPRA E VENDA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REGISTRO. AUSÊNCIA. EFEITOS ENTRE OS CONTRATANTES. MANUTENÇÃO. ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL. RE-

GISTRO. IMPRESCINDIBILIDADE.
1. A ausência do registro do contrato de alienação fiduciária no competente Registro de Imóveis não lhe retira a eficácia, ao menos entre os contratantes, servindo tal providência apenas para que a avença produza efeitos perante terceiros.
2. Ainda que o registro do contrato no competente Registro de Imóveis seja imprescindível à constituição da propriedade fiduciária de coisa imóvel, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/1997, sua ausência não retira a validade e a eficácia dos termos livre e previamente ajustados entre os contratantes, inclusive da cláusula que autoriza a alienação extrajudicial do imóvel em caso de inadimplência.
3. Oregistro, conquanto despiciendo para conferir eficácia ao contrato de alienação fiduciária entre devedor fiduciante e credor fiduciário, é, sim, imprescindível para dar início à alienação extrajudicial do imóvel, tendo em vista que a constituição do devedor em mora e a eventual purgação desta se processa perante o Oficial de Registro de Imóveis, nos moldes do art. 26 da Lei nº 9.514/1997.
4. A ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente Registro de Imóveis não confere ao devedor fiduciante o direito de promover a rescisão da avença por meio diverso daquele contratualmente previsto, tampouco impede o credor fiduciário de, após a efetivação do registro, promover a alienação do bem em leilão para só então entregar eventual saldo remanescente ao adquirente do imóvel, descontados os valores da dívida e das demais despesas efetivamente comprovadas.
5. Embargos de divergência não providos.

Conforme tenho sustentado nos julgamentos realizados na Terceira Turma, a ausência do registro do contrato de alienação fiduciária no competente Registro de Imóveis não lhe retira a eficácia, **ao menos entre os contratantes**, servindo tal providência apenas para que a avença produza efeitos perante terceiros.

O art. 23 da Lei nº 9.514/1997 dispõe o seguinte:

> *"Art. 23.* ***Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro****, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título."* (grifou-se)

Também não se olvida que a **propriedade de bem imóvel somente se transfere, entre vivos, mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis**, nos termos do art. 1.245 do Código Civil.

Essa mesma condição, a propósito, é exigida para a constituição, ou transmissão por ato entre vivos, de **qualquer direi-**

to real sobre imóveis, conforme a disciplina do art. 1.227 do mesmo diploma legal:

> *"Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos."*

Nem por isso a jurisprudência desta Corte Superior condiciona a **validade e a eficácia do negócio** em tais hipóteses ao registro, servindo este apenas para que o direito possa surtir efeitos perante terceiros, entendimento, por sinal, que não vai contra a literalidade dos arts. 1.227 e 1.245 do Código Civil.

É o que ocorre, por exemplo, na **hipoteca**:

> *"CIVIL. DIREITO REAL DE GARANTIA. HIPOTECA. VALIDADE. AVERBAÇÃO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. NÃO OCORRÊNCIA. BEM DE FAMÍLIA. EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE. HIPÓTESE CONFIGURADA.*
> 1. Nos termos do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, ao imóvel dado em garantia hipotecária não se aplica a impenhorabilidade do bem de família na hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar.
> *2.* ***A hipoteca se constitui por meio de contrato (convencional), pela lei (legal) ou por sentença (judicial) e desde então vale entre as partes como crédito pessoal. Sua inscrição no cartório de registro de imóveis atribui a tal garantia a eficácia de direito real oponível*** **erga omnes*.***
> 3. **A ausência de registro da hipoteca não afasta a exceção à regra deimpenhorabilidade prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90;portanto, não gera a nulidade da penhora incidente sobre o bem de família ofertado pelos proprietários como garantia de contrato de compra e venda por eles descumprido**.
> *4. Recurso especial provido."*
> (REsp 1.455.554/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/6/2016, DJe 16/6/2016 - grifou-se).

Uma vez pactuada, a hipoteca produz todos os efeitos **entre os contratantes**, inclusive o de tornar penhorável o bem oferecido como garantia real, ainda que se trate de imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar (art. 3º, V, da Lei nº 8.009/1990). **Vale dizer, a ausência de registro não transforma a avença em simples contrato de compra e venda sem pacto adjeto de hipoteca**.

O mesmo ocorre em relação à **promessa de compra e venda**:

> "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DI-

REITO REAL QUANDO REGISTRADO. ART. 1.225 DO CÓDIGO CIVIL. ARROLAMENTO DE DIREITOS. INVENTÁRIO. ART. 993, INCISO IV, ALÍNEA 'G', DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
(...)
2. **A promessa de compra e venda identificada como direito real ocorre quando o instrumento público ou particular é registrado no cartório de registro de imóveis, o que não significa que a ausência do registro retire a validade do contrato**.
3. **A gradação do instituto da promessa de compra e venda fica explícita no art. 25 da Lei n. 6.766/1979, que prevê serem irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuem direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, conferem direito real oponível a terceiros**.
4. Portanto, no caso concreto, parece lógico admitir a inclusão dos direitos oriundos do contrato de promessa de compra e venda de lote em inventário, ainda que sem registro imobiliário. Na verdade, é facultado ao promitente comprador adjudicar compulsoriamente imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda não registrado, e a Lei n. 6.766/1979 admite a transmissão de propriedade de lote tão somente em decorrência de averbação da quitação do contrato preliminar, independentemente de celebração de contrato definitivo, por isso que deve ser inventariado o direito daí decorrente.
5. **O compromisso de compra e venda de imóvel é suscetível de apreciação econômica e transmissível a título inter vivos ou causa mortis, independentemente de registro, porquanto o escopo deste é primordialmente resguardar o contratante em face de terceiros que almejem sobre o imóvel em questão direito incompatível com a sua pretensão aquisitiva**, o que não é o caso dos autos.
6. Recurso especial provido." (REsp 1.185.383/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 8/4/2014, DJe 5/5/2014 -grifouse).

Do mesmo modo, a ausência de registro do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, **ao menos em relação aos contratantes**, não lhe retira as características que lhe são inerentes, a exemplo da impossibilidade de retratação. O registro serve apenas ao propósito de conferir direito real oponível a terceiros (art. 25 da Lei nº 6.766/1979).

E mesmo sem o registro, o compromisso de compra e venda de imóvel confere ao adquirente legitimidade para a oposição de embargos de terceiro:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. IMÓVEL ADQUIRIDO MEDIANTE PROMESSA DE

> COMPRA E VENDA. NÃO INSCRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. REEXAME DE PROVAS. - **É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro**.
> (...) *Negado provimento ao agravo."* (AgRg no REsp 643.445/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/9/2005, DJ 26/9/2005 - grifou-se).

Na promessa de compra e venda de imóvel, por sinal, **em defesa dos direitos do promissário comprador**, esta Corte Superior já decidiu que o promitente vendedor, **mesmo sem o registro** da avença no Ofício de Registro de Imóveis, não pode dispor livremente do bem prometido à venda – em que pese ter dúvidas quanto aos efeitos da avença perante terceiros de boa-fé, pois é justamente essa a função do registro.

Confira-se:

> "DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. EMBARGOS DE TERCEIRO. **COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA NÃO REGISTRADO. NATUREZA JURÍDICA. EFEITOS.** ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDI-CIONAL AFASTADA. AUSÊNCIA DO REGISTRO DO MEMORIAL DE INCORPORAÇÃO E DEMAIS DOCUMENTOS PREVISTOS NO ART. 32 DA LEI Nº 4.591/1964. ÔNUS DA INCORPORADORA. NULIDADE AFASTADA. SUCUM-BÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.
> (...)
> 2. O descumprimento, pela incorporadora, da obrigação prevista no art. 32 da Lei 4.591/64, consistente no registro do memorial de incorporação no Cartório de Imóveis e dos demais documentos nele arrolados, não implica a nulidade ou anulabilidade do contrato de promessa de compra e venda de unidade condominial. Precedentes.
> 3. **É da natureza da promessa de compra e venda devidamente registrada a transferência, aos adquirentes, de um direito real denominado direito do promitente comprador do imóvel** (art. 1.225, VII, do CC/02).
> 4. A promessa de compra e venda gera efeitos obrigacio-nais adjetivados, que podem atingir terceiros, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. Precedentes.
> 5. **Mesmo que o promitente-vendedor não outorgue a escritura definitiva, não tem mais ele o poder de dispor do bem prometido em alienação. Está impossibilitado de oferecê-lo em garantia ou em dação em pagamento de dívida que assumiu ou de gravá-lo com quaisquer ônus, pois o direito atribuído ao promissário-compradordesfalca da esfera jurídica do vendedor a plenitude do domínio**.

> 6. **Como consequência da limitação do poder de disposição sobre o imóvel prometido, eventuais negócios conflitantes efetuados pelopromitente-vendedor tendo por objeto o imóvel prometido podem ser tidos por ineficazes em relação aos promissários-compradores, ainda que atinjam terceiros de boa-fé**.
> 7. Recurso especial provido." (REsp 1.490.802/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/4/2018, DJe 24/4/2018).

Assim, ainda que o registro do contrato no competente Registro de Imóveis seja imprescindível à **constituição da propriedade fiduciária** de coisa imóvel, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/1997, **sua ausência não retira a validade e a eficácia dos termos livre e previamente ajustados entre os contratantes**, inclusive da cláusula que autoriza a alienação extrajudicial do imóvel **em caso de inadimplência**.

Vale ressaltar que o reconhecimento da validade e da eficácia do contrato de alienação fiduciária, mesmo sem o registro no Ofício de Registro de Imóveis, **opera-se em favor de ambas as partes da relação contratual**.

Com efeito, constituída a propriedade fiduciária, com o consequente desdobramento da posse, o credor fiduciário perde o direito de livre disposição do bem. Nessa hipótese, somente se houver inadimplência do devedor fiduciante, e após a consolidação da propriedade, observado o procedimento previsto no art. 26 da Lei nº 9.514/1997, poderá o credor fiduciário alienar o objeto da garantia.

Assim, mesmo na ausência de registro, ao devedor fiduciante deve ser assegurado o direito de não ter o imóvel objeto da garantia alienado fora das hipóteses legalmente admitidas e de obter o termo de quitação após o pagamento integral da dívida e de seus encargos, com vistas à consolidação da propriedade definitiva do imóvel.

Se assim não fosse, o credor fiduciário poderia requerer o distrato mesmo sem o inadimplemento do devedor fiduciário, gerando enorme insegurança jurídica para este último.

Em contrapartida, por se tratar de contrato bilateral, com a assunção de obrigações recíprocas, também deve ser reconhecido o direito de o credor fiduciário utilizar os meios contratuais de execução da garantia em caso de inadimplência do devedor fiduciante, mesmo na hipótese em que a avença não é levada a registro.

Contudo, algumas explicações se fazem necessárias.

O registro, conquanto despiciendo para conferir eficácia ao contrato de alienação fidu-

ciária entre devedor fiduciante e credor fiduciário, é, sim, imprescindível para dar início à alienação extrajudicial do imóvel, tendo em vista que a constituição do devedor em mora e a eventual purgação desta se processa perante o Oficial de Registro de Imóveis, nos moldes do art. 26 da Lei nº 9.514/1997:

> "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, **o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fiduciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis**, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.
> § 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.
> § 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, **por solicitação do oficial do Registro de Imóveis**, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.
> § 3º-A. Quando, por duas vezes, o **oficial de registro de imóveis** ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).
> § 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.
> § 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao **oficial de Registro de Imóveis**, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital

> publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital.
> § 5º **Purgada a mora no Registro de Imóveis**, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.
> § 6º O **oficial do Registro de Imóveis**, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.
> § 7º **Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário**, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.
> *§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27."* (grifou-se)

Como visto, tanto a intimação do devedor fiduciante, a pedido do credor fiduciário, quanto a eventual purgação da mora devem ser realizadas perante o competente Registro de Imóveis.

Decorrido o prazo sem a purgação da mora, consolida-se a propriedade do bem imóvel em nome do credor fiduciário, devendo o oficial do competente Registro de Imóveis promover a "averbação" desse ato na respectiva matrícula.

Trata-se, na verdade, de um ato de registro – e não de averbação –, como bem acentua Valestan Milhomem da Costa:

> "(...) a consolidação da propriedade confere ao fiduciário o domínio resolúvel do bem, o qual, por ser direito real de propriedade (razão de ser da exigência do recolhimento do ITBI e laudêmio), deveria ocorrer no Registro de Imóveis por ato de **registro**, e não por ato de **averbação**, conforme dispõe atualmente o § 7º do art. 26 da Lei nº 9.514/97, com a redação da Lei nº 10.931/04. A previsão da averbação, nesse caso, constitui antinomia com o art. 1.227 do Código Civil e viola a sistemática dos atos registrais do art. 167 da Lei nº 6.015/73, que somente admite a constituição de direitos reais por ato de averbação para as hipóteses previstas antes da Lei de Registros Públicos." (Aspectos práticos da alienação fiduciária de imóveis -http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1191615/valestan-milhomen.pdf - acessado em 7/12/2020 - grifos no original)

Assim, considerando o princípio da continuidade registral, que estabelece que todos os

atos envolvendo o imóvel objeto da matrícula devem ser registrados em uma sequência cronológica, de modo a propiciar maior segurança jurídica, é, de fato, imprescindível que se proceda ao anterior registro do contrato de alienação fiduciária antes do registro da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário.

A diferença é que, na ausência de anterior registro, caberá ao credor fiduciário promover o registro do contrato, com o recolhimento dos tributos devidos, antes de dar prosseguimento às demais etapas da execução extrajudicial.

Tal exigência, contudo, não confere ao devedor fiduciante o direito de promover a rescisão da avença por meio diverso daquele contratualmente previsto, não importando se era do credor ou do devedor a incumbência de levar o contrato a registro, pois o credor fiduciário sempre poderá requerer tal providência ao Oficial do Registro de Imóveis antes de dar início ao procedimento de alienação extrajudicial.

Anota-se, a propósito, que a Lei nº 9.514/1997 prevê apenas duas formas de extinção da relação contratual: a) pagamento integral da dívida e de seus encargos, com o consequente cancelamento do registro da propriedade fiduciária e a consolidação do domínio em nome do devedor fiduciante (art. 25), e b) quitação da dívida e das demais despesas após a constituição do devedor em mora e a alienação do imóvel em leilão (arts. 26 e 27) ou dação em pagamento dos direitos que recaem sobre ele (art. 26, § 8º), hipótese em que se opera a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário.

Uma terceira forma de extinção do contrato de alienação fiduciária de imóvel, **mas que se opera somente em relação ao devedor fiduciante**,éa transmissão dos direitos que este possui sobre o imóvel objeto de alienação fiduciária. Essa transmissão, contudo, depende da **anuência do credor fiduciário** (art. 29 da Lei nº 9.514/1997).

Nesse contexto, diante da especialidade da lei que rege a alienação fiduciária de bens imóveis e à míngua de previsão legal ou contratual dispondo acerca da possibilidade de **desistência por parte do devedor fiduciante**, esta, a desistência, deve ser equiparada à **inadimplência**, com todas as consequências legais dela advindas.

Eventual perda do valor integral das prestações pagas, seja na hipótese de alienação do imóvel em leilão, com o respectivo pagamento da dívida e das demais despesas, seja na hipótese de dação em paga-

mento, resultam das **formas de liquidação do contrato legalmente previstas**, e não da existência de cláusula que preveja a perda total das prestações pagas em benefício do credor, a afastar a nulidade de que trata o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Essa, a propósito, é a opinião de Melhim Namen Chalhub:

> "(...)
> Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, cotejando-se as disposições do art. 27 da Lei nº 9.514/97 com as do art. 53 do CDC, pode-se concluir pela inaplicabilidade deste último à alienação fiduciária de imóveis, porque o regime especial dessa garantia já contempla a tutela do devedor, e o faz de maneira específica, com rigorosa adequação à estrutura e função dessa garantia e do contrato de mútuo, pelo qual o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por empréstimo, enquanto o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei nº 9.514/97 se adequa perfeitamente". (Negócio fiduciário, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 335)

Admitir a rescisão do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel com base nas normas de proteção ao direito do consumidor, ou seja, com a devolução da maior parte dos valores pagos e a retenção de um pequeno percentual a título de ressarcimento de eventuais despesas, seria desvirtuar por completo o instituto, que certamente cairia em desuso, em prejuízo dos próprios consumidores de imóveis, que teriam maior dificuldade de acesso ao crédito e juros mais elevados.

Entende-se, desse modo, que a ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente Registro de Imóveis não confere ao devedor fiduciante o direito de promover a rescisão da avença por meio diverso daquele contratualmente previsto, tampouco impede o credor fiduciário de, **após a efetivação do registro**, promover a alienação do bem em leilão para só então entregar eventual saldo remanescente ao adquirente do imóvel, descontados os valores da dívida e das demais despesas efetivamente comprovadas.

Ir contra a literalidade do art. 23 da Lei nº 9.514/1997 seria admitir a execução extrajudicial do imóvel sem o anterior registro do contrato de alienação fiduciária no competente registro de imóveis, o que não está sendo proposto no presente voto.

Ante o exposto, voto pelo não provimento dos embargos de divergência.

É o voto.

VOTO-VISTA

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Cuida-se de embargos de divergência opostos visando à reforma de acórdão da Quarta Turma, de minha relatoria, assim ementado:

> AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. RESCISÃO DO CONTRATO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.514/1997. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. REGISTRO DO CONTRATO EM CARTÓRIO DE TÍTULOS E DOCUMENTOS. PRESCINDIBILIDADE.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que, diante da incidência do art. 27, § 4º, da Lei 9.514/1997, que disciplina de forma específica a aquisição de imóvel mediante garantia de alienação fiduciária, não se cogita da aplicação do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, em caso de rescisão do contrato por iniciativa do comprador, ainda que ausente o inadimplemento.
> 2. A jurisprudência desta Corte Superior entende que não é necessário o registro do contrato garantido por alienação fiduciária no Cartório de Títulos e Documentos para que o pacto tenha validade e eficácia, visto que tal providência tem apenas o intuito de dar ciência a terceiros. Precedentes.
> 3. Agravo interno a que se nega provimento.

Foi apontada a existência de dissídio jurisprudencial em relação ao acórdão proferido pela Terceira Turma no julgamento do REsp 1.911.050/SP.

> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL C/C PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS. CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AUSÊNCIA DE REGISTRO. GARANTIA NÃO CONSTITUÍDA. VENDA EXTRAJUDICIAL DO BEM. DESNECESSIDADE. ARRAS CONFIRMATÓRIAS. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Ação de rescisão de contrato particular de compra e venda de imóvel cumulada com pedido de devolução das quantias pagas.
> 2. Ação ajuizada em 22/03/2017. Recurso especial concluso ao gabinete em 14/12/2020. Julgamento: CPC/2015.
> 3. O propósito recursal é definir *i)* se a rescisão de contrato de compra e venda de imóvel com pacto adjeto de alienação fiduciária enseja, quanto ao pleito de restituição de valores pagos, a necessidade de observância do procedimento previsto na Lei 9.514/97, ainda que ausente o registro do contrato; e *ii)* se a recorrente possui direito à retenção do valor pago a título de sinal pelo comprador do imóvel.
> 4. No ordenamento jurídico brasileiro, coexiste um duplo regime jurídico da propriedade fiduciária: a) o regime jurí-

> dico geral do Código Civil, que disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, sendo o credor fiduciário qualquer pessoa natural ou jurídica; b) o regime jurídico especial, formado por um conjunto de normas extravagantes, dentre as quais a Lei 9.514/97, que trata da propriedade fiduciária sobre bens imóveis.
> 5. No regime especial da Lei 9.514/97, o registro do contrato tem natureza constitutiva, sem o qual a propriedade fiduciária e a garantia dela decorrente não se perfazem.
> 6. Na ausência de registro do contrato que serve de título à propriedade fiduciária no competente Registro de Imóveis, como determina o art. 23 da Lei 9.514/97, não é exigível do adquirente que se submeta ao procedimento de venda extrajudicial do bem para só então receber eventuais diferenças do vendedor.
> 7. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não é possível a retenção das arras confirmatórias. Precedentes.
> 8. Recurso especial conhecido e não provido, com majoração de honorários. (Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 4.5.2021, DJe)

A controvérsia cinge-se aos efeitos jurídicos do registro do contrato de alienação fiduciária de imóvel, em relação ao credor fiduciário. Em suma: pretende-se estabelecer quais as consequências jurídicas, em relação ao credor fiduciário, da ausência de registro imobiliário do contrato.

Preliminarmente, acompanho o voto da eminente Relatora no tocante à configuração do dissídio.

No mérito, também concordo com Sua Excelência em relação à observação que faz quanto à inespecificidade dos precedentes invocados na fundamentação do voto condutor do acórdão embargado ao caso ora em julgamento, que cuida de alienação fiduciária de imóvel, e não de alienação fiduciária de recebíveis objeto dos precedentes mencionados.

No julgamento do acórdão paradigma ficou vencido o Ministro Ricardo Cueva, cujo minucioso e esclarecedor voto transcrevo integralmente, por aderir a seus fundamentos:

> De todo modo, pelos mesmos fundamentos apresentados no julgamento do REsp 1.835.598/SP, mantenho o entendimento de que a ausência do registro do contrato de alienação fiduciária no competente Registro de Imóveis não lhe retira a eficácia, **ao menos entre os contratantes**, servindo tal providência apenas para que a avença produza efeitos perante terceiros. O art. 23 da Lei nº 9.514/1997 dispõe o seguinte:
>
> *"Art. 23.* ***Constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro****, no competente Re-*

gistro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título." (grifou-se)

Também não se olvida que a **propriedade de bem imóvel somente se transfere, entre vivos, mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis**, nos termos do art. 1.245 do Código Civil. Essa mesma condição, a propósito, é exigida para a constituição, ou transmissão por ato entre vivos, de **qualquer direito real sobre imóveis**, conforme a disciplina do art. 1.227 do mesmo diploma legal:

> "Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos."

Nem por isso a jurisprudência desta Corte Superior condiciona a **validade e a eficácia do negócio** em tais hipóteses ao registro, servindo este apenas para que o direito possa surtir efeitos perante terceiros, entendimento, por sinal, que não vai contra a literalidade dos arts. 1.227 e 1.245 do Código Civil.

É o que ocorre, por exemplo, na **hipoteca**:

> "CIVIL. DIREITO REAL DE GARANTIA. HIPOTECA. VALIDADE. AVERBAÇÃO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. NÃO OCORRÊNCIA. BEM DE FAMÍLIA. EXCEÇÃO À REGRA DA IMPENHORABILIDADE. HIPÓTESE CONFIGURADA.
>
> 1. Nos termos do art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90, ao imóvel dado em garantia hipotecária não se aplica a impenhorabilidade do bem de família na hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar.
>
> *2.* ***A hipoteca se constitui por meio de contrato (convencional), pela lei (legal) ou por sentença (judicial) e desde então vale entre as partes como crédito pessoal. Sua inscrição no cartório de registro de imóveis atribui a tal garantia a eficácia de direito real oponível*** **erga omnes*.***
>
> 3. **A ausência de registro da hipoteca não afasta a exceção à regra de impenhora-bilidade prevista no art. 3º, V, da Lei n. 8.009/90; portanto, não gera a nulidade da penhora incidente sobre o bem de família ofertado pelos proprietários como garantia de contrato de compra e venda por eles descumprido**.
>
> *4. Recurso especial provido."* (REsp 1.455.554/RN, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/6/2016, DJe 16/6/2016 - grifou-se).

Uma vez pactuada, a hipoteca produz todos os efeitos **entre os contratantes**, inclusive o de tornar penhorável o bem oferecido como garantia real, ainda que se trate de imóvel residencial próprio do casal ou

da entidade familiar (art. 3º, V, da Lei nº 8.009/1990).
Vale dizer, a ausência de registro não transforma a avença em simples contrato de compra e venda sem pacto adjeto de hipoteca.
O mesmo ocorre em relação à **promessa de compra e venda**:

> "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DIREITO REAL QUANDO REGISTRADO. ART. 1.225 DO CÓDIGO CIVIL. ARROLAMENTO DE DIREITOS. INVENTÁRIO. ART. 993, INCISO IV, ALÍNEA 'G', DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
> (...)
> 2. **A promessa de compra e venda identificada como direito real ocorre quando o instrumento público ou particular é registrado no cartório de registro de imóveis, o que não significa que a ausência do registro retire a validade do contrato**.
> 3. **A gradação do instituto da promessa de compra e venda fica explícita no art. 25 da Lei n. 6.766/1979, que prevê serem irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuem direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, conferem direito real oponível a terceiros**.
> 4. Portanto, no caso concreto, parece lógico admitir a inclusão dos direitos oriundos do contrato de promessa de compra e venda de lote em inventário, ainda que sem registro imobiliário. Na verdade, é facultado ao promitente comprador adjudicar compulsoriamente imóvel objeto de contrato de promessa de compra e venda não registrado, e a Lei n. 6.766/1979 admite a transmissão de propriedade de lote tão somente em decorrência de averbação da quitação do contrato preliminar, independentemente de celebração de contrato definitivo, por isso que deve ser inventariado o direito daí decorrente.
> *5.* ***O compromisso de compra e venda de imóvel é suscetível de apreciação econômica e transmissível a título*** **inter vivos** ***ou*** **causa mortis*****, independentemente de registro, porquanto o escopo deste é primordialmente resguardar o contratante em face de terceiros que almejem sobre o imóvel em questão direito incompatível com a sua pretensão aquisitiva****, o que não é o caso dos autos.*
> *6. Recurso especial provido."*
> (REsp 1.185.383/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 8/4/2014, DJe 5/5/2014 - grifou-se).

Do mesmo modo, a ausência de registro do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, **ao menos em re-**

lação aos contratantes, não lhe retira as características que lhe são inerentes, a exemplo da impossibilidade de retratação. O registro serve apenas ao propósito de conferir direito real oponível a terceiros (art. 25 da Lei nº 6.766/1979). E mesmo sem o registro, o compromisso de compra e venda de imóvel confere ao adquirente legitimidade para a oposição de embargos de terceiro:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. IMÓVEL ADQUIRIDO MEDIANTE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. NÃO INSCRIÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. REEXAME DE PROVAS.
> -**É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro**. (...) *Negado provimento ao agravo."* (AgRg no REsp 643.445/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/9/2005, DJ 26/9/2005 - grifou-se).

(...)
Assim, ainda que o registro do contrato no competente Registro de Imóveis seja imprescindível à **constituição da propriedade fiduciária** de coisa imóvel, nos termos do art. 23 da Lei nº 9.514/1997, **sua ausência não retira a validade e a eficácia dos termos livre e previamente ajustados entre os contratantes**, inclusive da cláusula que autoriza a alienação extrajudicial do imóvel **em caso de inadimplência**.
Vale ressaltar que o reconhecimento da validade e da eficácia do contrato de alienação fiduciária, mesmo sem o registro no Ofício de Registro de Imóveis, **opera-se em favor de ambas as partes da relação contratual**.
(...)
Contudo, algumas explicações se fazem necessárias.
O registro, conquanto despiciendo para conferir eficácia ao contrato de alienação fiduciária entre devedor fiduciante e credor fiduciário, é, sim, imprescindível para dar início à alienação extrajudicial do imóvel, tendo em vista que a constituição do devedor em mora e a eventual purgação desta se processa perante o Oficial de Registro de Imóveis, nos moldes do art. 26 da Lei nº 9.514/1997 :

> "Art. 26. Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fidu-ciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário.
> § 1º Para os fins do disposto neste artigo, **o fiduciante, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, será intimado, a requerimento do fidu-**

ciário, pelo oficial do competente Registro de Imóveis, a satisfazer, no prazo de quinze dias, a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contra-tuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

§ 2º O contrato definirá o prazo de carência após o qual será expedida a intimação.

§ 3º A intimação far-se-á pessoalmente ao fiduciante, ou ao seu representante legal ou ao procurador regularmente constituído, podendo ser promovida, **por solicitação do oficial do Registro de Imóveis**, por oficial de Registro de Títulos e Documentos da comarca da situação do imóvel ou do domicílio de quem deva recebê-la, ou pelo correio, com aviso de recebimento.

§ 3º-A. Quando, por duas vezes, o **oficial de registro de imóveis** ou de registro de títulos e documentos ou o serventuário por eles credenciado houver procurado o intimando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita motivada de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intima-ção, na hora que designar, aplicando-se subsidiaria-mente o disposto nos arts. 252, 253 e 254 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 3º-B. Nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, a intimação de que trata o § 3º-A poderá ser feita ao funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao **oficial de Registro de Imóveis**, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital.

§ 5º **Purgada a mora no Registro de Imóveis**, convalescerá o contrato de alienação fiduciária.

§ 6º O **oficial do Registro de Imóveis**, nos três dias seguintes à purgação da mora, entregará ao fiduciário as importâncias recebidas, deduzidas as despesas de cobrança e de intimação.

§ 7º **Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem a purgação da mora, o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário**, à vista da prova do pagamento por este, do imposto de transmissão inter vivos e, se for o caso, do laudêmio.

§ 8º O fiduciante pode, com a anuência do fiduciário, dar seu direito eventual ao imóvel em pagamento da dívida, dispensados os procedimentos previstos no art. 27."

(grifou-se)

Como visto, tanto a intimação do devedor fiduciante, a pedido do credor fiduciário, quanto a eventual purgação da mora devem ser realizadas perante o competente Registro de Imóveis.

Decorrido o prazo sem a purgação da mora, consolida-se a propriedade do bem imóvel em nome do credor fiduciário, devendo o oficial do competente Registro de Imóveis promover a "averbação" desse ato na respectiva matrícula.

Trata-se, na verdade, de um ato de registro – e não de averbação –, como bem acentua Valestan Milhomem da Costa:

(...)

Assim, considerando o princípio da continuidade registral, que estabelece que todos os atos envolvendo o imóvel objeto da matrícula devem ser registrados em uma sequência cronológica, de modo a propiciar maior segurança jurídica, é, de fato, imprescindível que se proceda ao anterior registro do contrato de alienação fiduciária antes do registro da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário. A diferença é que, na ausência de anterior registro, caberá ao credor fiduciário promover o registro do contrato, com o recolhimento dos tributos devidos, antes de dar prosseguimento às demais etapas da execução extrajudicial.

Tal exigência, contudo, não confere ao devedor fiduciante o direito de promover a rescisão da avença por meio diverso daquele contratualmente previsto, não importando se era do credor ou do devedor a incumbência de levar o contrato a registro, pois o credor fiduciário sempre poderá requerer tal providência ao Oficial do Registro de Imóveis antes de dar início ao procedimento de alienação extrajudicial.

Anota-se, a propósito, que a Lei nº 9.514/1997 prevê apenas duas formas de extinção da relação contratual: a) pagamento integral da dívida e de seus encargos, com o consequente cancelamento do registro da propriedade fiduciária e a consolidação do domínio em nome do devedor fiduciante (art. 25), e b) quitação da dívida e das demais despesas após a constituição do devedor em mora e a alie-

nação do imóvel em leilão (arts. 26 e 27) ou dação em pagamento dos direitos que recaem sobre ele (art. 26, § 8º), hipótese em que se opera a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário.

Uma terceira forma de extinção do contrato de alienação fiduciária de imóvel, **mas que se opera somente em relação ao devedor fiduciante**, é a transmissão dos direitos que este possui sobre o imóvel objeto de alienação fiduciária. Essa transmissão, contudo, depende da **anuência do credor fiduciário** (art. 29 da Lei nº 9.514/1997).

Nesse contexto, diante da especialidade da lei que rege a alienação fiduciária de bens imóveis e à míngua de previsão legal ou contratual dispondo acerca da possibilidade de **desistência por parte do devedor fiduciante**, esta, a desistência, deve ser equiparada à **inadimplência**, com todas as consequências legais dela advindas.

Eventual perda do valor integral das prestações pagas, seja na hipótese de alienação do imóvel em leilão, com o respectivo pagamento da dívida e das demais despesas, seja na hipótese de dação em pagamento, resultam das **formas de liquidação do contrato legalmente previstas**, e não da existência de cláusula que preveja a perda total das prestações pagas em benefício do credor, a afastar a nulidade de que trata o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. Essa, a propósito, é a opinião de Melhim Namen Chalhub:

> "(...) *Considerando, assim, o conteúdo e a finalidade das normas em questão, cotejando-se as disposições do art. 27 da Lei nº 9.514/97 com as do art. 53 do CDC, pode-se concluir pela inaplicabilidade deste último à alienação fiduciária de imó-veis, porque o regime especial dessa garantia já contempla a tutela do devedor, e o faz de maneira específica, com rigorosa adequação à estrutura e função dessa garantia e do contrato de mútuo, pelo qual o devedor deve restituir integralmente a quantia tomada por empréstimo, enquanto o art. 53 do CDC apenas enuncia um princípio geral ao qual o art. 27 da Lei nº 9.514/97 se adequa perfeitamente".* (*Negócio fiduciário,* 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 335)

Admitir a rescisão do contrato de alienação fiduciária de bem imóvel nos moldes pretendidos na petição inicial, ou seja, com a devolução de 90% (noventa por cento) dos valores pagos, admitida a retenção de 10% (dez por cento) desse montante a título de ressarcimento de eventuais despesas, seria desvirtuar por completo o instituto, que certamente cairia em desuso, em prejuízo dos próprios consumidores de imóveis, que teriam maior dificuldade de acesso ao crédito e juros mais elevados.

Entende-se, desse modo, que a ausência de registro do contrato que serve de título à pro-

> priedade fiduciária no competente Registro de Imóveis não confere ao devedor fiduciante o direito de promover a rescisão da avença por meio diverso daquele contratualmente previsto, tampouco impede o credor fiduciário de, **após a efetivação do registro**, promover a alienação do bem em leilão para só então entregar eventual saldo remanescente ao adquirente do imóvel, descontados os valores da dívida e das demais despesas efetivamente comprovadas.
> Ir contra a literalidade do art. 23 da Lei nº 9.514/1997 seria admitir a execução extrajudicial do imóvel sem o anterior registro do contrato de alienação fiduciária no competente registro de imóveis, o que não está sendo proposto no presente voto."

A fundamentação do voto do Ministro Cueva exaure a questão, a meu sentir, com a devida vênia.

O contrato produz plenamente efeito entre as partes, sem que se exigisse

o registro.

Antes do registro imobiliário foi concedido o financiamento, e ele só o foi, nos termos em que contratados, em razão do direito convencionado em prol do credor da averbação da garantia no registro imobiliário.

Esse registro é direito potestativo do credor, a fim de que se concretize a transferência da propriedade resolúvel para seu nome, mediante o pagamento do tributo e custas devidos. Pode ser feita a qualquer momento durante a vigência da relação contratual.

O registro é pressuposto para a consolidação da propriedade em nome do credor e, portanto, para início do procedimento de execução extrajudicial, implicando custo com emolumentos que não se fará necessário caso a obrigação seja adimplida nos termos e no prazo previstos no contrato. Não se trata de condição de validade e eficácia do contrato entre as partes.

Ao não promover o registro imobiliário do contrato, o credor assume o risco, por exemplo, de o devedor alienar o bem a terceiro, ignorante do contrato, e ao qual o pacto não poderá ser oposto, precisamente em razão da falta de registro.

Mas a falta de registro não priva de efeito entre as partes contratantes as cláusulas que instituem a garantia, da mesma forma como a jurisprudência desta Corte entende em relação à hipoteca e à alienação fiduciária nos precedentes citados no voto do Ministro Cueva.

Seria um contrassenso cindir o contrato, estabelecendo que parte dele vale, mesmo sem o registro (a concessão do empréstimo à taxa de juros notoriamente inferior à que seria convencionada se não houvesse a garantia) e que a outra parte (a garantia) não vale, só pela falta de registro. O con-

trato vincula ambas as partes que o celebraram, independentemente de registro, sob pena de institucionalizar-se, data vênia, o abuso de direito e a má-fé contratual.

Trata-se de contrato bilateral. Em contrapartida, o credor fiduciário deve ter reconhecido o seu direito de utilizar os meios de execução da garantia na hipótese de inadimple-mento contratual, ainda que o contrato de alienação fiduciária não tenha sido levado a registro antes do inadimplemento. Ou seja: "(...) não é necessário o registro do contrato garantido por alienação fiduciária no Cartório de Títulos e Documentos para que tenha validade e eficácia, uma vez que tal providência tem o intuito apenas de dar ciência a terceiros" (AgInt nos EDcl no AREsp 206.250/MG, de minha rela-toria, QUARTA TURMA, julgado em 4/4/2017, DJe 18/4/2017).

Afastar a aplicação dos arts. 26 e 27 da Lei 9.517/97, pela mera ausência de registro, incentivaria um comportamento contraditório do devedor fiduciante (*venire contra factum proprium*). A ausência de registro não confere ao devedor o direito de promover a extinção do contrato por meio diverso daquele previsto na legislação específica. Não se pode aplicar norma geral do CDC quando lei específica e posterior sobre alienação fiduciária dispõe em sentido diverso.

E mais: seria incoerente, em face da própria jurisprudência do STJ, conceder à alienação fiduciária em garantia um tratamento jurídico diverso daquele que já se assegurou à hipoteca e à promessa de compra e venda (REsp n. 1.455.554/RN, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 14/6/2016, DJe de 16/6/2016; REsp n. 1.185.383/MG, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 8/4/2014, DJe de 5/5/2014).

Não se pretende afastar a aplicação do art. 23 da Lei 9.517/97. Referido dispositivo, entretanto, não fixa o prazo para o registro do contrato de alienação fiduciária. Prevê que: "(...) constitui-se a propriedade fiduciária de coisa imóvel mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título". Ou seja: o registro é necessário para a consolidação da propriedade em nome da credora fiduciária, apesar de não ser exigência para que o contrato de alienação fiduciária tenha validade e eficácia entre as partes.

Isso significa que o registro do contrato de alienação fiduciária é imprescindível para o início do procedimento que poderá levar à alienação

extrajudicial do imóvel caso não haja purgação da mora. Tal decorre, como ressaltado pelo Ministro Cueva, da circunstância de que "a constituição do devedor em mora e a eventual purgação desta se processa perante o Oficial de Registro de Imóveis, nos moldes do art. 26 da Lei nº 9.514/1997" e também em respeito ao princípio da continuidade registral. Na ausência do registro, como no caso dos autos, caberá ao credor fiduciário registrar o contrato antes de dar início ao procedimento de alienação extrajudicial.

Portanto, depreende-se que: (a) a ausência de registro do contrato de alienação fiduciária não confere ao recorrido o direito de promover resilição, resolução ou rescisão por meio diverso daquele contratado; e (b) configurado o inadimplemento do recorrido, o credor fiduciário, ora recorrente, após a efetivação do registro, promoverá o procedimento de execução extrajudicial perante o Registro de Imóveis, o qual, caso não haja a tempestiva purgação da mora, culminará com a alienação do bem em leilão e entrega ao recorrido do valor remanescente, abatidos os valores da dívida e as demais despesas comprovadas, conforme previsto nos arts. 26 e 27 da Lei 9.514/97.

Em face do exposto, nego provimento aos embargos de divergência, com a devida vênia da eminente Relatora. É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti negando provimento aos embargos de divergência, e a ratificação de voto da Sra. Ministra Relatora dando-lhes provimento, a Segunda Seção, por maioria, negou provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto divergente do Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva declarado na sessão de 08 03 2023.

Lavará o acórdão o Exmo. Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi (Relatora), Marco Buzzi Marco Aurélio Bellizze.

Votaram com o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Tribunal Superior do Trabalho

Horas *in itinere*. Supressão. Negociação coletiva. Possibilidade. SDI-1. [1]

ACÓRDÃO
(SDI-1)
GMBM/rrsc

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.467/2017. HORAS IN ITINERE. PACTUA-ÇÃO POR NORMA COLETIVA. VALIDADE. OBSERVÂNCIA DO TEMA 1046 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A c. e. Terceira Turma conheceu do recurso de revista do reclamante, por contrariedade à Súmula 90, I, do TST e, no mérito, deu-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento das horas in itinere. Concluiu ser inválida a cláusula coletiva mediante a qual se eximiu a empregadora do pagamento das horas de trajeto. O e. STF, no recente julgamento do Tema 1046 da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese jurídica: "*São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis*". De acordo com a referida tese, é válida norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista, desde que não assegurados constitucionalmente, ou seja, as cláusulas norma-tivas não podem ferir um patamar civilizatório mínimo. Não se tratando as horas in itinere de direito indisponível, há de ser privilegiada a autonomia das partes, conforme previsto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Decisão embargada em desconformi-dade com a tese fixada no precedente de repercussão geral, de efeito vinculante. Recurso de embargos conhecido e provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Recurso de Revista com Agravo nº TST-E-ARR-10643-86.2017.5.18.0101, em que é Embargante -- e é Embargado --.

Trata-se de recurso de embargos interposto pela reclamada contra acórdão proferido pela c. 3ª Turma deste Tribunal Superior do Trabalho, mediante o qual deu provimento ao recurso de revista do reclamante

[1] Disponível em: <jurisprudencia-backend2.tst.jus.br/rest/documentos/cd1e92ef28ca761fa7e7b207082b1c6>

para condenar a reclamada ao pagamento das horas in itinere.

O recurso foi recebido por divergência jurisprudencial com aresto da 4ª Turma.

Impugnação ao recurso de embargos às fls. 1424/1431.

O recurso de embargos foi interposto sob a égide da Lei nº 13.467/2017.

Os autos não foram remetidos à Procuradoria Geral do Trabalho, nos termos do Regimento Interno do TST.

É o relatório.

E-ARR-10643-86.2017.5.18.0101, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 18/08/2023.

VOTO

I - CONHECIMENTO

Satisfeitos os pressupostos genéricos de admissibilidade, passo ao exame dos específicos do recurso de embargos.

HORAS *IN ITINERE*. PACTUAÇÃO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. OBSERVÂNCIA DO TEMA 1.046 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A c. e. Terceira Turma conheceu do recurso de revista do reclamante, por contrariedade à Súmula 90, I, do TST e, no mérito, deu-lhe provimento para condenar a reclamada ao pagamento das horas in itinere.

Concluiu ser inválida a cláusula coletiva mediante a qual se eximiu a empregadora do pagamento das horas de trajeto.

Termos do acórdão embargado:

> III - RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE.
> Tempestivo o apelo (fls. 5/6-PE) e regular a representação (fls. 27-PE), estão preenchidos os pressupostos extrínsecos de admissibilidade.
> 1 - HORAS IN ITINERE. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. SUPRESSÃO DE DIREITO.
> 1.1 - CONHECIMENTO.
> O Regional, no particular, deu provimento ao recurso ordinário da reclamada, aos seguintes fundamentos transcritos nas razões de revista (art. 896, § 1º-A, I, da CLT - fls. 2.368/2.369-PE):
>
> > "A d. Juíza de origem, constatando a incompatibilidade de transporte público regular com o horário de término da jornada obreira (01h30), julgou parcialmente procedente o pedido do reclamante, deferindo-lhe o pagamento de 25 minutos diários a título de horas in itinere, concernente ao trajeto de volta?, no lapso compreendido entre a data da sua admissão (05/12/2013) a 25/09/2015.
> > (...) (...)
> > Nesse atual cenário, confiro validade à pactuação coletiva expressa nos Acordos Coletivos de Trabalho que não consideram o tempo despendido pelos trabalhadores para deslocamento como horas itinerantes.
> > Reformo o julgado de origem para extirpar da con-

denação o pagamento das horas in itinere."

Insurge-se o reclamante, alegando que são inválidas as cláusulas normativas que preveem a supressão das horas de percurso.

Aponta violação dos arts. 1º, III e IV, 6º, 7º, caput e XIII, e 170 da CF, 9º e 58, caput, e § 2º, da CLT, além de contrariedade à Súmula 90, I, do TST. Transcreve arestos.

No caso dos autos, o Regional considerou válida a cláusula normativa que suprimiu o pagamento das horas in itinere. Consta do acórdão que "a prevalência do negociado independe de compensação com outras vantagens" (fl. 1.135-PE).

Não há dúvidas de que o art. 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal chancela a relevância que o Direito do Trabalho empresta à negociação coletiva.

Até a edição da Lei nº 10.243/2001, o conceito de horas "in itinere" decorria de construção jurisprudencial, extraída do art. 4º da CLT, não havendo, à época, preceito legal que, expressamente, normatizasse o instituto.

Estavam os atores sociais, em tal conjuntura, livres para a negociação coletiva em torno da matéria, possibilidade inúmeras vezes reiterada por esta Corte.

Modificou-se a situação com o diploma legal referido, quando acresceu ao art. 58 da CLT o § 2º, assim redigido:

"Art. 58 ...

...

§ 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução." A matéria alcançou tessitura legal, incluindo-se a remuneração das horas "in itinere" entre as garantias mínimas asseguradas aos trabalhadores.

Desta forma, não tenho dúvidas em afirmar, que, à época dos eventos dos autos, não era possível fixar a ausência de remuneração do período gasto em trajeto.

Com efeito, não há como se chancelar a supressão de direito definido em Lei, pela via da negociação coletiva. Além de, em tal caso, estar-se negando a vigência, eficácia e efetividade de norma instituída pelo Poder Legislativo, competente para tanto, ofender-se-ia o limite constitucionalmente oferecido pelo art. 7º, VI, da Carta Magna, que, admitindo a redução de salário, não tolerará a sua supressão.

Em tal sentido, cito os precedentes desta Corte:

(...)

Para o caso dos autos, aplica-se a orientação do item I da Súmula 90 do TST:

"I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu

retorno é computável na jornada de trabalho (ex-Súmula nº 90 - RA 80/78, DJ 10.11.1978)."

Assim, o TRT, ao concluir pela validade de cláusula coletiva, eximindo a empregadora de sua responsabilidade pelo pagamento das horas de trajeto, incorreu em contrariedade à Súmula 90, I, do TST, uma vez que a presunção de contrapartidas não demonstra compensação efetiva pela exclusão da referida parcela.

1.2 - MÉRITO.

Conhecido o recurso, por contrariedade à Súmula 90, I, do TST, no mérito, dou-lhe provimento, para condenar a reclamada ao pagamento das horas in itinere, restabelecendo a sentença, no particular.

Nas razões de embargos, a reclamada indica arestos a fim de evidenciar a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, ser válida a norma coletiva que prevê expressamente que não serão consideradas como horas in itinere o tempo despendido pelos trabalhadores no deslocamento até a sede da empresa.

O recurso merece conhecimento, por divergência jurisprudencial, na medida em que o aresto proveniente da 4ª Turma do TST, transcrito em conformidade com a Súmula 337 desta Corte, sufraga entendimento no sentido contrário ao consignado pelo v. acórdão recorrido.

Realmente:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMANTE - HORAS *IN ITINERE* - SUPRESSÃO - FLEXIBILIZAÇÃO COM RESPALDO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 7º, VI, XIII, XIV E XXVI) E DA SUPREMA CORTE (RE 590.415 E RE 895.759)- VALIDADE DA CLÁUSULA DA NORMA COLETIVA EM FACE DA TEORIA DO CONGLOBAMENTO. 1. A Constituição Federal de 1988, nos incisos VI, XIII, XIV e XXVI do art. 7º, dispositivos autoaplicáveis e não dependentes de regulamentação específica, é clara ao admitir a flexibilização de salário e jornada mediante negociação coletiva, inclusive com sua redução, sem colocar condições para que esta se dê. 2. O Supremo Tribunal Federal prestigiou tais dispositivos constitucionais e tem revisado a jurisprudência do TST refratária à flexibilização de direitos mediante negociação coletiva, nos seguintes termos: "não deve ser vista com bons olhos a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho. Tal ingerência viola os diversos dispositivos constitucionais que prestigiam as negociações coletivas como instrumento de solução de conflitos coletivos" (RE 590.415, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 19/11/15). Ademais, o STF, em outro precedente, admitiu inclusive a supressão de horas in itinere, ressaltando as vantagens compensatórias existentes, mas sem condicionar a negociação

à sua explicitação (RE 895.759, Rel. Min. Teori Zavaski, DJe 13/09/16). 3. Em artigo publicado na Revista do TST (Vol. 84/2, págs. 36-37), o Relator do leading case no STF para o tema 152 de repercussão geral, dando a interpretação autêntica ao julgado e louvando-se no entendimento explicitado pelo saudoso Min. Teori Zavaski, reconheceu que o Pretório Excelso adota a teoria do conglobamento para negociação coletiva, não exigindo a explicitação de vantagens compensatórias para a flexibilização de direitos, uma vez que ínsitas ao negócio jurídico. 4. In casu, o acórdão regional deu provimento ao recurso ordinário patronal, por entender válida a supressão das horas in itinere, mediante a negociação coletiva, excluindo seu cômputo da condenação. 6.
Nesses termos, por disciplina judiciária, considerando a jurisprudência firmada pelo STF em precedente de repercussão geral, mais do que a jurisprudência não sumulada do TST que se confronta com o referido entendimento da Suprema Corte, conclui-se que a cláusula que suprimiu as horas in itinere é válida, razão pela qual se nega provimento ao recurso obreiro, para manter a improcedência da reclamatória no particular. Recurso de revista da Reclamante conhecido e desprovido. II) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - 1) MINUTOS RESIDUAIS - TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR - ATIVIDADES PREPARATÓRIAS - PAUSAS PSICOFISIOLÓGICAS- NR 36 - INTERVALO DO ART. 384 DA CLT. Agravo de instrumento a que se nega provimento, porquanto a revista, versando sobre minutos residuais, pausas ergonômicas e intervalo do art. 384 da CLT, não reúne condições de admissibilidade, tropeçando nos óbices do art. 896, § 1º-A, I, da CLT e das Súmulas 297, I, 333 e 366 do TST. Agravo de instrumento da Reclamada desprovido.
(TST - ARR: 11468582016518 0103, Relator: Ives Gandra Martins Filho, Data de Julgamento: 26/09/2018, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/09/2018.

Ante o exposto, conheço do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial.

II - MÉRITO

HORAS *IN ITINERE*. PACTUAÇÃO. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. OBSERVÂNCIA DO TEMA 1.046 DA TABELA DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O e. STF, no recente julgamento do Tema 1046 da Repercussão Geral, fixou a seguinte tese jurídica: "*São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especi-*

ficada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis".

De acordo com a referida tese, é válida norma coletiva que limita ou restringe direito trabalhista, desde que não assegurados constitucionalmente, ou seja, as cláusulas normativas não podem ferir um patamar civilizatório mínimo.

Não se tratando as horas in itinere de direito indisponível, há de ser privilegiada a autonomia das partes, conforme previsto no art. 7º, XXVI, da Constituição Federal.

Ainda, no caso das horas in itinere, cumpre registrar que houve alteração do § 2º do art. 58 da CLT pela Lei nº 13.467/2017, que passou a dispor que o tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador, sendo certo que não há discussão quanto à constitucionalidade do referido dispositivo.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso de embargos para restabelecer o acórdão regional quanto à validade da norma coletiva que não considera o tempo despendido pelos trabalhadores para deslocamento como horas itinerantes.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso de embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, dar-lhe provimento para restabelecer o acórdão regional quanto à validade da norma coletiva que não considera o tempo despendido pelos trabalhadores para deslocamento como horas itinerantes.

Brasília, 10 de agosto de 2023.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001).

BRENO MEDEIROS, Ministro Relator.

Parte 3

Normas Editoriais de Publicação

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte "Juris Tantum" do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu *site* na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

[]-2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso –

relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). *In*: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional:** controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia:** Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n.º 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de < > (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do *site*) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso:** mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n.º 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:
SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 510 e 511
Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

**O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.