

Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

Advocef

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

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

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.24, 2017

Semestral

ISSN: 1808-5822

1. Advogado. 2. Direito. 3. Legislação. 4. Banco. I. Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. II. Título.

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

Preparadora de Originais na língua portuguesa: *Simone Diefenbach Borges*

Tiragem: *2.000 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre/RS)

Vice-Presidente

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte/MG)

1^a Tesoureira

Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (Porto Alegre/RS)

2^º Tesoureiro

Duílio José Sánchez Oliveira (São José dos Campos/SP)

1^º Secretário

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa/PB)

2^º Secretário

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife/PE)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira Castro e Silva (Recife/PE)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Henrique Chagas (Presidente Prudente/SP)

Diretor de Honorários

Marcelo Quevedo do Amaral (Novo Hamburgo/RS)

Diretora de Negociação Coletiva

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis/SC)

Diretor de Prerrogativas

Marcos Nogueira Barcellos (Rio de Janeiro/RJ)

Diretor Jurídico

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba/PR)

Diretor Social

José de Anchieta Bandeira Moreira Filho (Belém/PA)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Álvaro Sérgio Weiler Júnior

Henrique Chagas

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

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

Antonio Carlos Ferreira

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

Bruno Queiroz Oliveira

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

Cacilda Lopes dos Santos

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

Carolina Reis Jatobá Coêlho

Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduada lato sensu em Direito Constitucional pelo IDP e em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMP/DF.

Claudio Gonçalves Marques

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

Davi Duarte

Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/ Faculdade Projeção/DF.

Iliane Rosa Pagliarini

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

João Pedro Silvestrin

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

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

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.

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.

Wilson de Souza Malcher

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca - Espanha. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Civil - IBDP/DF; Pós-graduado lato sensu em Direito Econômico e das Empresas - FGV/DF. MBA em Gestão Empresarial - AEU/DF.

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)
Octavio Caio Mora Y Araujo de Couto e Silva (Rio de Janeiro)
Luiz Fernando Padilha (Rio de Janeiro)
Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (Fortaleza)
Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)
Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)
Marta Bufaiçal Rosa (Aposentada/Brasília)

Membros Suplentes

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)
Aline Lisboa Naves Guimarães (DIJUR/SUAJU)
Luís Gustavo Franco (Porto Alegre)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Cleucimar Valente Firmiano (Campinas)
Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)
Melissa dos Santos Pinheiro (Porto Velho)

Membros Suplentes

Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)
Edson Pereira da Silva (DIJUR/GETEN)

■ SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 11

PARTE 1 – ARTIGOS

**Os títulos executivos inconstitucionais e o Novo CPC:
reflexões necessárias**

José Henrique Mouta Araújo 13

**Um olhar sobre os embargos de declaração à luz do
Novo CPC**

Wilson de Souza Malcher 35

**Uma revisita ao tema da prescrição intercorrente no
âmbito do processo civil com ênfase no Novo CPC**

*Arlete Inês Aurelli e Izabel Cristina Pinheiro Cardoso
Pantaleão* 49

**Os aspectos gerais do agravo interno no Novo Código
de Processo Civil**

Vinicius Silva Lemos 67

**Advogado da Caixa Econômica Federal: entre o
público e o privado**

Iuri de Castro Gomes 95

**O ato negocial: breves reflexões sobre as teorias da
manifestação de vontade das partes**

Gustavo Tanger Jardim 111

**Dos embargos de declaração – uma abordagem *Iato
sensu* acerca das inovações trazidas com o Novo CPC –,
dos efeitos interruptivo, suspensivo, modificativo,
prequestionador e do caráter protelatório do recurso**

Elizabeth Agra Duarte de Lima 127

**Direito penal. Eficácia da norma jurídica. A
despenalização do porte de drogas e a busca da
felicidade. Interdisciplinaridade na economia,
filosofia e psicanálise**

*Gouvan Linhares Lopes, Floriano Benevides de
Magalhães Neto e David Diógenes de Castro* 145

Da unificação do direito privado e a proposta do Novo Código Comercial Brasileiro <i>Floriano Benevides de Magalhães Neto</i>	169
Programa de Arrendamento Residencial, Lei nº 10.188/01. Omissão do estado civil ou de união estável. Resolução Contratual. Problema social e jurídico <i>Enliu Rodrigues Taveira</i>	209
Jornada de trabalho do advogado empregado na CEF <i>André Luís de Sousa Miranda Cardoso</i>	233
Apontamentos sobre Regiões Metropolitanas e o Estatuto das Metrópoles <i>Carolina Mello Suave e Tiago Neder Barroca</i>	259
O papel dos pareceres jurídicos na propagação dos direitos humanos <i>Vinícius Nogueira Cavalcanti</i>	281
Constituição de garantias por meio de penhor ou alienação fiduciária de ações diante dos efeitos da recuperação judicial em operações de <i>project finance</i> <i>Thiago Marques de Araújo</i>	299
Empresa familiar e planejamento sucessório <i>Letícia Maracci Spanhe da Silva</i>	315
PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA	
<i>Superior Tribunal de Justiça</i>	
<i>Programa Minha Casa Minha Vida. Atraso na entrega.</i>	
<i>Caixa Econômica Federal. Illegitimidade</i>	347
<i>Superior Tribunal de Justiça</i>	
<i>Recurso especial representativo de controvérsia.</i>	
<i>Capitalização de juros. Pactuação</i>	357
PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO	395

APRESENTAÇÃO

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, com muita satisfação, apresenta a 24^a edição de seu periódico de Direito, cujo conteúdo crítico, como de costume, contribui enormemente e de forma ininterrupta para a consolidação do conhecimento científico produzido pelos advogados da Caixa e por outros Operadores do Direito, em constante colaboração com a publicação.

A edição que agora se apresenta é também comemorativa dos 25 anos de atuação da Associação Nacional dos Advogados da Caixa. Durante esse período, a ADVOCEF desenvolveu valoroso trabalho em prol do fortalecimento da carreira dos advogados da Caixa. A Revista de Direito da ADVOCEF, sem dúvida, foi um dos grandes capítulos dessa bela história de lutas e vitórias.

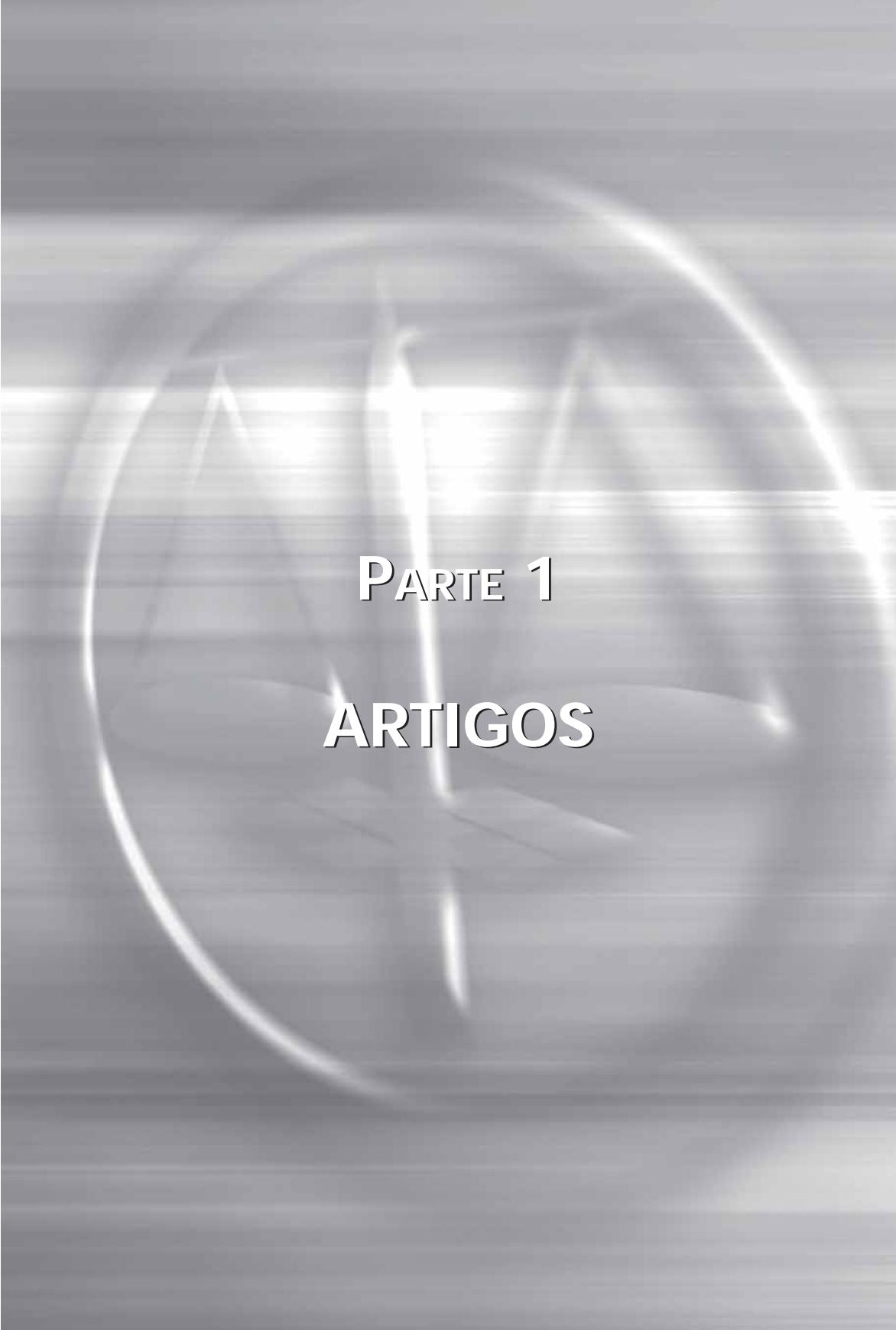
Os artigos aqui apresentados, por sua vez, versam sobre temas de extrema relevância para o mundo jurídico, valendo destacar a produção jurídica atinente ao novo Código de Processo Civil e os desdobramentos dele decorrentes no cotidiano forense.

A Revista continua com um padrão de periodicidade exemplar e uma ampla distribuição às Universidades, aos órgãos do Poder Judiciário, especialmente aos Tribunais Superiores, e a outros veículos que funcionam como vetor de divulgação do excepcional trabalho apresentado pelos articulistas, em diversos ramos do Direito.

Registra-se, na oportunidade, um especial agradecimento ao dr. Alaim Giovani Fortes Stefanello, que exerceu a missão de Presidente do Conselho Editorial da Revista com grande esmero e dedicação, com importantes avanços durante a sua gestão.

Uma excelente leitura a todos!

***Bruno Queiroz Oliveira
Presidente do Conselho Editorial***



A grayscale abstract background featuring a central vertical axis of light. From this axis, several bright, radial streaks of light extend outwards. Concentric, glowing circular arcs are centered on the same axis, creating a sense of depth and motion. The overall effect is reminiscent of a celestial body like a star or planet captured in a time-lapse photograph.

PARTE 1

ARTIGOS

Os títulos executivos inconstitucionais e o Novo CPC: reflexões necessárias

José Henrique Mouta Araújo

Procurador do Estado do Pará

Advogado

Doutor e mestre em Direito (UFPA)

Pós-doutor (Universidade de Lisboa)

Professor do CESUPA (PA) e FAMETRO (AM)

RESUMO

O texto enfrenta problemas ligados à formação de títulos executivos inconstitucionais e às suas consequências processuais, especialmente ligadas ao cumprimento de sentença, rescisória e outros importantes institutos.

Palavras-chave: Precedentes. Títulos executivos. CPC/15. Rescisória.

ABSTRACT

The text faces problems related to the formation of unconstitutional executive titles and the procedural consequences, especially related to compliance with judgment, rescission and other important institutes.

Keywords: Precedents. Executive titles. CPC/15. Rescission.

Introdução

Nos últimos anos vários institutos foram estabelecidos com o objetivo de proporcionar maior *efetividade e brevidade* à prestação da tutela jurisdicional, tentando diminuir o *tempo do processo* e mitigar os males decorrentes da duração excessiva.

Com o novo CPC, vários institutos existentes na legislação anterior ganharam nova e melhor regulamentação, dentre os quais, podemos citar: a) ampliação dos poderes dos relatores (art. 932, do CPC/15); b) ampliação da sistemática dos Enunciados de Súmula impeditiva de processamento de recursos¹ e de remessa

¹ Recomenda-se a leitura dos seguintes ensaios, especialmente desenvolvidos para esses assuntos: Araújo (2006a) e Araújo (2006b).

necessária (art. 496, §4º, do CPC/15); c) improcedência liminar (art. 332, do CPC/15)²; d) ampliação da eficácia vertical das decisões oriundas do STF; e) criação de uma *parte geral*, contendo normas gerais; f) tratamento conjunto das tutelas provisórias (art. 294-311, do CPC/15).

Essas preocupações do novo CPC apontam, ademais, para a ampliação da *verticalização dos precedentes oriundos do STF*, inclusive nas decisões já atingidas pela coisa julgada, refletindo em institutos como a ação rescisória e a impugnação ao cumprimento de sentença.

Na verdade, a temática ligada à chamada *coisa julgada inconstitucional* também estava presente no CPC/73 (arts. 475-L, §1º e 741, § único) e mereceu tratamento específico na nova legislação processual.³

A rigor, a própria imutabilidade decorrente dessa garantia constitucional pode sucumbir se o título judicial for fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF (*em controle difuso e concentrado*) ou em aplicação ou interpretação incompatível com a Constituição. Trata-se de mais um capítulo do tormentoso tema da *relativização da coisa julgada*⁴, mitigando, inclusive, a eficácia preclusiva dela decorrente (art. 507 do CPC/15).

A vinculação vertical, a propósito, atinge não apenas os processos em curso, mas também a própria decisão transitada em julgado, com ampliação do cabimento da rescisória e da alegação de inexigibilidade do título executivo suscitada na impugnação ao cumprimento de sentença.

Neste ensaio, serão enfrentados aspectos do CPC/15 que ampliam o caráter vinculante dos precedentes e, em consequência, rediscutem a garantia da coisa julgada e a rescindibilidade da decisão judicial em caso de inconstitucionalidade externa (entendida como aquela advinda de interpretação do STF).

² Trata-se, portanto, de técnica de antecipação da resolução da lide com criação de *precedente vinculante*, com nova leitura em relação à previsão contida no art. 285-A, do CPC/73. Sobre esse dispositivo da anterior legislação processual, apontando a interpretação do dispositivo e as críticas necessárias, ver Araújo (2006a) e Dias (2006).

³ No tema, ver Araújo (2011).

⁴ Considerando que o objetivo deste ensaio é analisar apenas a relativização em casos de *inexigibilidade de título executivo*, não será enfrentada toda a problemática acerca da aceitação da relativização no sistema processual constitucional. Sobre o assunto, ver, entre outros, duas coletâneas: Nascimento (2004) e Didier Jr. (2006).

1 Ampliação dos instrumentos de controle de constitucionalidade no CPC/15: a força dos precedentes nos processos em curso e a objetivação dos recursos

Visando a uma melhor compreensão dos títulos inconstitucionais e sua discussão pela rescisória ou impugnação ao cumprimento de sentença, vale a pena fazer um breve enfoque em relação ao sistema de precedentes vinculantes no CPC/15.

Com efeito, um dos objetivos traçados pelas últimas reformas do CPC/73 e do próprio CPC/15 gira em torno da ampliação do caráter vinculante dos precedentes judiciais⁵, tentando, de um lado, atingir o poder de criação dos magistrados e, de outro, diminuir a divergência interpretativa e, consequentemente, o número de recursos em tramitação (especialmente nos casos dos litigantes habituais).

A estabilização dos precedentes – *stare decisis* – é o caminho natural para a superação da divergência interpretativa nos processos repetitivos.

É razoável afirmar que a tendência interpretativa passa pela ampliação do caráter vinculante das decisões dos Órgãos Colegiados (Superiores e Locais). Nesse fulgor, o CPC/15 consagra que os Tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926/15).

Será demonstrado no decorrer deste ensaio que a verticalização e horizontalização do precedente⁶ (da *ratio decidendi*) atingem sobremaneira os processos repetitivos e vários institutos processuais, entre os quais: a reclamação contra teses firmadas pelos tribunais locais (em incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR – e assunção de competência – AC – art. 988, IV, do CPC/15), a rescisória (art. 966, VI, do CPC/15) e as alegações de inconstitucionalidade apresentadas na fase de cumprimento de sentença, por meio da impugnação.

Em suma, estes são alguns dos principais objetivos do CPC/15 neste tema (arts. 927 e 928):

⁵ No tema, ver, entre outros, Ataíde Jr. (2012), Lopes Filho (2014), Marinoni (2010), Rosito (2012), Tucci (2004), Arruda (2006), Azevedo (2008), Dias (2004) e Mancuso (2007).

⁶ Não se deve confundir uma simples *decisão judicial* com *precedente*. Como bem observa Marinoni (2010, p. 215), “seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”.

a) Atendimento, pelos juízes e tribunais, dos precedentes do STF em controle concentrado de constitucionalidade, enunciados de súmula vinculante, acórdãos dos tribunais em incidente de assunção de competência (IAC) e em resolução de demandas repetitivas (IRDR), além dos julgamentos em recurso extraordinário e especial repetitivos;

b) Juízes e tribunais atenderão os enunciados de Súmulas do STF, em matéria Constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional, além da orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Percebe-se, com isso, que o processo de estabilização hermenêutica é um dos alicerces principais do CPC/15. Aos magistrados em geral, há o dever hierárquico de demonstrar o atendimento ao sistema de precedentes dos tribunais, inclusive sendo dever destes últimos dar publicidade aos seus próprios precedentes, preferencialmente, na rede mundial de computadores (art. 927, §5º, do CPC/15).

Em seguida, o legislador deixa claro (art. 928, do CPC/15) que os julgamentos de casos repetitivos são aqueles oriundos do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e dos recursos especial e extraordinário repetitivos. Logo, esses julgamentos repetitivos dos tribunais locais e superiores geram a vinculação na atuação dos juízes e órgãos a eles vinculados, o que irá refletir na análise da inexigibilidade do título executivo formado com fundamento em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso.

O desafio a ser enfrentado diz respeito à manutenção de decisão transitada em julgado contrária aos precedentes e, nesse particular, à possibilidade de decretação de inexigibilidade do título executivo inconstitucional. De acordo com a nova legislação processual, há muito mais do que a vinculação vertical em relação às decisões oriundas dos Tribunais Superiores: há a necessidade de atendimento dos julgados dos próprios tribunais locais a que os juízes estiverem subordinados.

Outro instituto que demonstra essa etapa de massificação dos precedentes, com reflexos na teoria do direito e na própria teoria do processo, é o *dever geral de fundamentação judicial* (art. 93, IX, da CF/88).

As questões a serem enfrentadas neste momento são as seguintes: há liberdade de fundamentação judicial nos casos repetitivos? O magistrado é livre para, na fundamentação do julgado, afastar um precedente em situação jurídica idêntica (com a mesma *ratio decidendi*)?

As respostas passam pela seguinte premissa: o sistema de vinculação interpretativa só pode alcançar os resultados esperados pelo legislador se houver o seu atendimento de forma vertical e horizontal (inclusive ampliando os poderes do relator previstos no art. 932, do CPC/15).

A liberdade interpretativa é diretamente atingida em caso de existência ou não de decisão colegiada vinculante, tendo em vista que o CPC/15 impõe o dever de fundamentação para afastamento do precedente, quer por sua superação ou distinção. A simples discordância não é parâmetro de fundamentação adequado.

Esse entendimento é aplicável a qualquer grau de jurisdição. A simples afirmação de que não concorda com o precedente firmado por colegiado superior ou local está em desacordo com uma das maiores pretensões do sistema processual projetado, a saber: a uniformização interpretativa como instrumento de diminuição do tempo do processo.

Pela leitura do art. 489, §1º, do CPC/15, é possível aduzir: a) há a necessidade, na fundamentação, de identificação da causa e do precedente a ela aplicado; b) a identificação genérica de que o caso é repetitivo não é suficiente para atender ao critério de motivação; c) a mera citação de ementa de acórdão pode também ser insuficiente; d) o dever jurídico impõe a necessidade de mencionar a *ratio decidendi*⁷, o *distinguishing* ou o *overruling*; e) a súmula, jurisprudência ou precedente passa a ser vinculante e deve constar no julgado (espécie de fundamentação *per relationem*)⁸ e, caso ocorra o seu afastamento, o dever

⁷ Vale destacar a importante observação feita por Abboud e Nery Jr. (2013, p. 491): “o que frequentemente se visualiza nas decisões dos tribunais superiores – em que os casos são decididos fazendo referência a diversas ementas de forma descontextualizada – não corresponde a uma argumentação por precedentes, pois esta última é muito mais complexa do que a mera reunião de ementários para resolver litígio. Isso ocorre porque a *ratio decidendi*, ou seja, aquilo que efetivamente vincula em um precedente, é determinado pelos tribunais inferiores e não pelo próprio Tribunal que decidiu a questão”.

⁸ Como bem explica Silva (2013, p. 195), “até hoje, coube ao Poder Judiciário, destinatário da norma de estrutura que ordena a fundamentação, definir os contornos de uma decisão fundamentada. Para isso, muitas vezes, fez-se uso da denominada, mas rechaçada por muitos, fundamentação *per relationem*, que ocorre quando o julgador, em vez de construir as razões que o levaram a decidir acerca de uma questão em sentido amplo, prefere se reportar a decisão anteriormente produzida”. E arremata: “a casuística da fundamentação *per relationem* pode ser assim resumida: a) o Tribunal adota como seus os fundamentos da decisão de 1º grau rechaçada; b) o Magistrado adota como seus os motivos apresentados por outro juízo – inclusive os que remetem à jurisprudência ou à súmula”.

jurídico impõe a demonstração do *distinguishing* ou *overruling*.⁹

O que o CPC/15 pretende é, além de ampliar o caráter vinculante dos precedentes, impor ao julgador o dever de motivar sua não concordância, desde que apresente, na fundamentação, os critérios de afastamento ou de superação. O simples não atendimento por discordância gera a falta de fundamentação da decisão judicial.

A liberdade de criação, portanto, estará afetada nos casos sumulados e com precedentes vinculantes, se estimulando a fundamentação *per relationem*.¹⁰ Há, nesse sentido, a necessidade de ser repensado o próprio princípio da motivação judicial e, consequentemente, o processo hermenêutico do papel do juiz e sua liberdade na criação e aplicação do direito.

De outro prisma, ao analisar o art. 927, do CPC/15, é fácil concluir que destaque especial merece o precedente oriundo do STF em controle concentrado ou difuso, exatamente pelo fato de que a decisão daquele órgão pode ultrapassar os limites da coisa julgada e atingir a exigibilidade do título executivo judicial (como será demonstrado no item seguinte).

A propósito, vale aduzir que a análise da transcendência da matéria constitucional está ligada ao papel das decisões oriundas do STF e à própria objetivação de seus julgamentos. A transcendência do recurso extraordinário, *in casu*, é instrumento de garantia de atendimento à Súmula Vinculante e sua decisão terá efeitos *erga omnes*, ultrapassando, inclusive, a própria coisa julgada.

Não se deve esquecer que o CPC/15 estimulou a recolocação do papel constitucional do STF, visto que sua interpretação constitucional deve ser atendida pelos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como sua atuação em matéria recursal excepcional se restringe às causas com repercussão geral, incluídas aquelas que desatendem súmula ou jurisprudência dominante do STF (art. 1035, §3º, do CPC/15).

A possibilidade de ampliação da decisão do RE para casos similares pode ser indicada como claro instrumento de *objetivação do recurso extraordinário*¹¹, tendo em vista que o

⁹ No tema, ver Bahia (2014).

¹⁰ Sobre a fundamentação judicial, ver Pero (2001).

¹¹ Como bem aponta Macêdo (2015, p. 463), “a atribuição de obrigatoriedade aos precedentes, percebida com maior clareza nos recursos extraordinários do Supremo Tribunal Federal, originou o fenômeno que se designou como objetivação do controle difuso de constitucionalidade, também chamado de abstrativização. Consoante se defende, há uma aproximação entre essas “decisões” e as decisões em controle de constitucionalidade”.

recurso tende a controlar a ordem constitucional objetiva e não somente o caso concreto que está em julgamento.¹² Portanto, há uma remodelação do papel do recurso extraordinário como instrumento de controle da ordem constitucional objetiva¹³, inclusive afetando a própria fundamentação das decisões dos demais órgãos do Poder Judiciário (art. 489, §1º, do CPC/15) e, também, a própria estabilização das decisões decorrentes da coisa julgada.

2 Decisões já transitadas em julgado: rescisória e seu cabimento em caso de interpretação de violação de precedente: o art. 966, V e §§5º e 6º do CPC e o Enunciado 343 da Súmula do STF

O CPC/15 trouxe uma importante alteração em relação aos instrumentos de controle dos precedentes, especialmente quando se compara as redações dos art. 485, V, do CPC/73 e art. 966, V, do CPC/15. A legislação anterior consagrava o cabimento da rescisória nos casos de *violação à literal disposição de lei*. Agora, a demanda desconstitutiva é cabível quando a decisão *violar manifestamente a norma jurídica* (art. 966, V, do CPC/73).

Essa modificação provoca várias e sérias reflexões. Visando ao correto desenvolvimento do tema, vale partir da premissa de que, pelo Enunciado nº 343¹⁴ da Jurisprudência Predominante do STF, não é cabível a rescisória nos casos de divergência de interpretação da lei.

¹² Sobre a *objetivação*, o Min. Gilmar Mendes assim se manifestou, no julgamento do RE 388.830-7/RJ (J. em, 14.02.06, DJ de 10.03.2006): “a proposta aqui desenvolvida parece consultar a tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”. Ainda no tema, ver a MC no RE nº 376.852/SC.

¹³ No julgamento do RE-AgR 475812/SP (Rel. Min. Eros Grau, j. em 13.06.2006 – 2º T – DJ de 04.08.2006, p. 00073), o STF bem demonstrou o “novo” papel do STF. Esta é a ementa da decisão: “Agravio regimental no Recurso Extraordinário. Contribuição social. Alteração. Base de cálculo. Lei nº 9.718/98. Violação do artigo 239 da Constituição do Brasil. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, a respeito da tendência de não-estrita subjetivação ou de maior objetivação do recurso extraordinário, que ele deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Precedentes. Agravio regimental a que se nega provimento”.

¹⁴ “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

As perguntas a serem enfrentadas são: a) o que é *manifesta violação*? b) seria cabível nos casos de não atendimento ao precedente do STF, do STJ e dos tribunais locais? c) o que significa a alteração de *lei* para *norma jurídica*?

As expressões *violação à lei* (CPC/73) e *violação à norma jurídica* (CPC/15) não significam a mesma coisa. Nesta segunda hipótese, há uma ampliação (*norma não é apenas a lei*) e uma restrição ao cabimento da rescisória. A expressão *manifestamente*, que consta no CPC/15, gera um perigoso grau de subjetividade e dificuldade de interpretação em termos práticos.

Uma primeira conclusão a ser apresentada é a seguinte: *violar a norma jurídica* é expressão bem mais ampla do que apenas a disposição literal de lei, como constava na redação do CPC anterior.

Outrossim, cumpre enfrentar outra indagação exposta acima: o não atendimento a precedente, especialmente do STF¹⁵, sujeita a decisão à ação rescisória?

Com a edição do Enunciado do STF citado, houve maior restrição ao cabimento da rescisória, especialmente nos casos de divergência de interpretação. Contudo, mesmo na vigência do CPC anterior, já havia certa flexibilização do seu rigorismo, especialmente quando se tratava de interpretação unificada de Tribunal Superior.

Vale citar os seguintes julgados do STJ:

Processo civil e tributário. Contribuição previdenciária sobre proventos de inatividade de servidor público estadual. Lei estadual nº 7.672/82, art. 42, "o". Inconstitucionalidade. Ação rescisória. Violação a literal disposição de lei. Matéria constitucional. Afastamento da súmula 343/STF. Posicionamento recente da primeira seção do STJ. Fundamentos do acórdão recorrido. Possibilidade. Orientação da corte especial (RESp 476.665/SP). 1. O enunciado da Súmula 343 não é aplicável quando a questão verse sobre "texto" constitucional, hipótese em que cabível ação rescisória mesmo diante da existência de controvérsia interpretativa nos Tribunais, em face da "supremacia" da Constituição, cuja interpretação "não pode ficar sujeita à perplexidade", e da especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o "víncio" da inconstitucionalidade das leis. (Precedente: ERESP 608122/RJ) "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de inter-

¹⁵ A análise deste trabalho é mais voltada às decisões do STF, levando em conta os reflexos que geram no sistema de cumprimento de sentença.

pretação controvertida nos tribunais." (Súmula 343 do STF). (STJ, Primeira Turma, Recurso Especial 896728/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ. 16/10/2008).

Processual civil. Ação rescisória. Sentença rescindenda. Julgamento contrário a entendimento sumulado no STJ (Súmula nº 289). Dissídio jurisprudencial superado. Súmula nº 343/STF. Não incidência. Segurança jurídica. Uniformidade e previsibilidade da prestação jurisdicional. Necessidade. 1. A principiologia subjacente à Súmula nº 343/STF é consentânea com o propósito de estabilização das relações sociais e, mediante a acomodação da jurisprudência, rende homenagens diretas à segurança jurídica, a qual é progressivamente corroída quando a coisa julgada é relativizada. 2. Porém, o desalinho da jurisprudência - sobretudo o deliberado, recalcitrante e, quando menos, vaidoso - também atenta, no mínimo, contra três valores fundamentais do Estado Democrático de Direito: a) segurança jurídica, b) isonomia e c) efetividade da prestação jurisdicional. 3. A Súmula nº 343/STF teve como escopo a estabilização da jurisprudência daquela Corte contra oscilações em sua composição, para que entendimentos firmados de forma majoritária não sofressem investidas de teses contrárias em maiorias episódicas, antes vencidas. Com essa providência, protege-se, a todas as luzes, a segurança jurídica em sua vertente judiciária, conferindo-se previsibilidade e estabilidade aos pronunciamentos da Corte. 4. Todavia, definitivamente, não constitui propósito do mencionado verbete a chancela da rebeldia judiciária. A solução oposta, a pretexto de não eternizar litígios, perpetuaria injustiças e, muito pelo contrário, depõe exatamente contra a segurança jurídica, por reverenciar uma prestação jurisdicional imprevisível, não isonômica e de baixa efetividade. 5. Assim, a Súmula nº 343/STF não obsta o ajuizamento de ação rescisória quando, muito embora tenha havido dissídio jurisprudencial no passado sobre o tema, a sentença rescindenda foi proferida já sob a égide de súmula do STJ que superou o mencionado dissenso e se firmou em sentido contrário ao que se decidiu na sentença primeva. 6. Recurso especial provido para, removendo-se o óbice da Súmula nº 343/STF, determinar o retorno dos autos à Corte Estadual para que se prossiga no julgamento da ação rescisória (REsp 1163267/RS - 4ª Turma - Min. Luis Felipe Salomão - J. em 19/09/2013 - Dje de Dje 10/12/2013 - RSTJ vol. 233 p. 537).

Processual civil. Previdência privada. Resgate de contribuições. Prescrição. Ação rescisória. Divergência de entendimentos. Não cabimento. 1. "Nos termos do Enunciado 343 da Súmula do STF, não é cabível ação

rescisória por violação de literal dispositivo de lei quando a matéria era controvertida nos Tribunais à época do julgamento. A jurisprudência, contudo, tanto do STF como do STJ evoluiu de modo a considerar que não se pode admitir que prevaleça um acórdão que adotou uma interpretação inconstitucional (STF) ou contrária à Lei, conforme interpretada por seu guardião constitucional (STJ). Assim, nas hipóteses em que, após o julgamento, a jurisprudência, ainda que vacilante, tiver evoluído para sua pacificação, a rescisória pode ser ajuizada.” (2ª Seção, AR 3.682D RN, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ 19.10.2011)¹⁶. 2. Recurso especial provido. (REsp 1.324.072 – 4ª Turma – Rel Min. Maria Isabel Gallotti - j. em 04.09.2012 – Dje de 14.09.2012).

Já o STF entendeu que:

Ação rescisória. Violação à literal disposição de lei. Art. 485, V, do CPC. Finsocial. Empresa exclusivamente prestadora de serviços. Majorações de alíquota declaradas inconstitucionais no julgamento do RE 150.764. Acórdão rescindendo que afirmou o enquadramento da empresa como exclusivamente prestadora de serviços, mas extirpou as referidas majorações com base em precedente aplicável às empresas comerciais e industriais. Art. 56 do ADCT. Violação. 1. Preliminares de decadência por decurso do biênio legal e citação extemporânea. Afastamento diante de precedentes deste Tribunal. 2. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional. 3. Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE 187.436, rel. Min. Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial (art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90) no que envolvidas empresas exclusivamente prestadoras de serviços. 4. Decisão rescindenda destoa da orientação firmada nesse precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada no mesmo julgado. 5. Ação rescisória julgada procedente (STF, Ação Rescisória 1409/SC, Pleno, 26/03/2009, Rel. Min. Ellen Gracie).

Com redação do art. 966, V, do CPC/15, se torna imperioso analisar quais as consequências em decorrência do não atendimento à interpretação do STF sobre a constitucionalidade da norma que foi fundamento da decisão rescindenda.¹⁶ Não se

¹⁶ Ao analisar o Enunciado 343 e o cabimento de ação rescisória, aponta Marinoni (2016, p. 292): “se a ação rescisória é proposta com base em

pode esquecer que um dos pilares do CPC/15 é o sistema de vinculação de precedentes, o que provoca reflexos também em relação ao cabimento de rescisória.

É razoável defender o cabimento de rescisória para discutir violação a interpretação constitucional do próprio Tribunal Excelso, o que também embasa o processo de sedimentação da eficácia vertical e *erga omnes* de seus precedentes, mesmo que não sumulados. Assim, as decisões do STF podem ter o mesmo grau de abstração e aplicabilidade *erga omnes* da própria lei ou da própria Constituição.

Não se pode esquecer, aliás, que a manutenção de interpretações divergentes pelos demais órgãos do Judiciário cria instabilidade ao sistema e viola a ordem jurídica e a isonomia, dificultando o acesso à justiça com a ampliação da litispendência. Portanto, o cabimento de rescisória em caso de interpretação constitucional, aliada aos outros aspectos de verticalização das decisões do STF, merece registro neste ensaio, inclusive por força da redação dos arts. 927, I e IV c/c art. 966, V do CPC/15.

Dois aspectos que devem ser ponderados no momento: i - as decisões do STF que desconstituem a coisa julgada serão apenas oriundas de controle concentrado de constitucionalidade? ii - será necessária, no julgamento da causa pelo STF, a modulação dos efeitos – instituto que, antes do CPC/15, estava previsto apenas para o controle concentrado de constitucionalidade (art. 27 da Lei 9.868/1999 e art. 11 da Lei 9.882/1999)?

Neste ponto, é necessário verificar alguns dispositivos do CPC/15 (grifos nossos):

- Pelo art. 489, § 1º: “Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”;

precedente do STF, o seu fundamento não é a violação de norma constitucional. O fundamento encontrado, mas não expressamente revelado, é o *ius superveniens* ou direito superveniente. Porém, como é curial, o *ius superveniens* não pode ter efeito retroativo sobre a coisa julgada”. E conclui: “portanto, a Súmula 343 também deve ser aplicada nos casos de resolução de questão constitucional. A tentativa de eliminar a coisa julgada que resultou de uma dúvida de constitucionalidade não só elimina o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo –, como também coloca em xeque a legitimidade dos juízes e tribunais para o controle difuso de constitucionalidade”.

- Os arts. 525, §12, e 535, §5º, deixam claro que é possível decretação de inexigibilidade do título executivo que for “fundado em lei ou ato normativo considerados inconstitucionais pelo Supremo tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade **concentrado ou difuso**”;

- Há a possibilidade de modulação da decisão paradigmática no tempo (arts. 525, §13 e 535, §6º);

- No §15, do art. 525 e 8º, do art. 535, há expressamente a seguinte passagem: “§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, **caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal**”.

Há, portanto, clara aproximação dos sistemas de controle de constitucionalidade, aliada à ampliação do caráter *erga omnes* das decisões do STF. Essa ampliação pode atingir decisões transitadas em julgado e já em fase de cumprimento, que tenham aplicado a lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo Pretório Excelso.¹⁷

Não se deve esquecer, outrossim, que o CPC/15 não só consagra o cabimento da rescisória, como estabelece que o prazo para sua apresentação começa da decisão do STF (§15, do art. 525 e 8º, do art. 535/15), quando o precedente vinculante for proferido após o trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Portanto, é possível concluir que o rigor do Enunciado nº 343 da Súmula da Jurisprudência do STF deve ser redimensionado também em decorrência do CPC/15. O caráter vinculante dos precedentes fundamenta a possibilidade de desconstituição da coisa julgada por meio da impugnação ao cumprimento de sentença e também da rescisória¹⁸ (art. 966, V, do CPC/15).

¹⁷ O Enunciado 58 do Fórum Permanente de Processualistas Civis estabelece: “(Art. 525, §§ 12 e 13; Art. 535, §§ 5º e 6º) As decisões de inconstitucionalidade a que se referem os art. 525, §§ 12 e 13 e art. 535 §§ 5º e 6º devem ser proferidas pelo plenário do STF. (Grupo: *Sentença, Coisa Julgada e Ação Rescisória*)

¹⁸ No tema, vale citar as lições de Barioni (2016, p. 2252), ao comentar o art. 966 do CPC/15: “parece claro, portanto, que o sistema processual passa a atuar de maneira direcionada a alcançar o entendimento unívoco para as questões de direito, a ser aplicado aos demais casos que versem sobre a mesma matéria. No que interessa à Súmula 343 do STF, há sentido em limitar o cabimento da ação rescisória quando a questão de direito for polêmica nos tribunais. No entanto, uma vez consolidado o entendimen-

O sistema de vinculação dos precedentes, inclusive, fundamenta a obrigatoriedade de atendimento da interpretação de Tribunal Superior, sob pena de não se considerar fundamentada a decisão (art. 489, §1º, do CPC/15).

A modulação dos efeitos poderá significar, na prática forense, um importante instrumento para a limitação da aplicabilidade dos precedentes oriundos dos Tribunais Superiores.

Em relação às decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade, os dispositivos analisados do CPC/15 trazem, de um só turno, a possibilidade de desconstituição (revisão - relativização) da coisa julgada nos casos de interpretação contrária oriunda do STF.

A conclusão que se pode ter é que, de acordo com o sistema de vinculação de precedentes e da força das decisões do STF, esta vinculação também alcance as decisões em controle difuso de constitucionalidade. Logo, nestes casos será possível inclusive o ajuizamento de rescisória, com fundamento no dispositivo aqui comentado.

Com efeito, além da hipótese de rescisória em caso de interpretação constitucional do STF, é mister defender que será rescindível a sentença nos casos em que ela estiver fundamentada em preceito considerado inconstitucional pelo Pretório Excelso, em controle difuso ou mesmo concentrado, enquadrando-se na hipótese prevista no art. 966, V, do CPC/15.

Em verdade, deve ser feita uma análise conjunta dos arts. 966, V, e 927, I, e III, do CPC/15, para se concluir que também está sujeita à ação rescisória a decisão que não atende pronunciamento colegiado advindo do Incidente de Assunção de Competência, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Recursos Especial e Extraordinário repetitivos, com clara evolução em relação à redação existente no art. 485, V, do CPC/73.¹⁹

to pelo STF (matéria constitucional), STJ (matéria infraconstitucional federal) ou TJ (matéria municipal ou estadual), não há razão para incidir o óbice à rescisão previsto na Súmula 343, pois já pacificado o entendimento sobre a *questio iuris* debatida".

¹⁹ Como bem explicam Mouzalas, Terceiro Neto e Madruga (2016, p. 976), "essa premissa, em reconhecer, por intermédio do texto legal, a violação manifesta da norma jurídica quando contrariar precedente vinculante, é uma evolução em relação àquilo que dispunha o art. 485, V, do CPC/1973, pois, ali, a violação à lei precisava ser literal, o que quase nunca ocorria, ante a constante divergência de entendimentos havida entre os tribunais locais, o que representava óbice ao cabimento da ação rescisória, a teor da orientação estabelecida pelo enunciado 343 da Súmula do Supremo Tribunal Federal".

Ademais, a Lei 13.256/16 acrescentou requisitos específicos para rescisória nestas hipóteses, a saber (art. 966, §§5º e 6º, do CPC/15): a) cabimento contra decisão que “não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”; b) é dever do autor demonstrar que se trata “de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica”.

Logo, no caso do STF, a rescisória pode ser proposta tanto em decorrência de não atendimento de decisão oriunda do controle difuso como do concentrado. Por outro lado, em relação ao STJ e colegiados locais, em decorrência de não atendimento aos julgados oriundos do julgamento de processos repetitivos (art. 927, do CPC/15).

O sistema de vinculação de precedentes trouxe, como consequência, a ampliação do cabimento de rescisória, devendo o autor atentar para as exigências oriundas dos §§5º e 6º, do art. 966, do CPC/15.

3 A vinculação das decisões do STF e a coisa julgada: a impugnação em casos de constitucionalidade da lei ou ato normativo que fundamenta o título judicial

Como já mencionado, o caráter vinculante das decisões do STF (em controle concentrado e difuso) transcende a própria formação da coisa julgada para, além de ampliar o cabimento de ação rescisória, atingir também a fase de cumprimento de sentença e a respectiva impugnação (arts. 525 e 535, do CPC/15).

Não é objetivo deste ensaio enfrentar as alterações processuais ocorridas no sistema de cumprimento de sentença decorrentes do CPC/15.²⁰ O que se pretende é discutir sobre o grau de influência das decisões do STF em matéria constitucional em relação às demandas que estão na fase de cumprimento de sentença e a possibilidade de alegação de inexigibilidade do título.

Como registro, vale indicar que, por meio de medidas provisórias, foi incluído um parágrafo único ao art. 741 do CPC/73, que consagrava o cabimento de embargos de devedor contra título executivo judicial objeto de execução autônoma. Essas MPs consagravam a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarado constitucional pelo STF ou nos

²⁰ No tema, ver Araújo (2015).

casos de interpretação ou aplicação incompatíveis com a Constituição.²¹

Com a ampliação do sistema de cumprimento de sentença, para alcançar também títulos executivos judiciais de quantia contra a fazenda pública, o CPC/15 consagrou tratamento único em relação às situações jurídicas antes dispostas nos arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do CPC/73: considera inexigíveis os títulos judiciais baseados em lei ou ato normativo em dissonância com a interpretação do STF oriunda de controle difuso ou concentrado, podendo ser suscitado o vício na impugnação em geral (art. 525, §§12 a 15, do CPC/15) e na apresentada pela fazenda pública (art. 535, §§5º a 8º, do CPC/15).

Ora, se no sistema anterior (CPC/73 antes das modificações ocorridas no art. 741) era discutível a constitucionalidade formal da redação advinda de Medida Provisória, o novo CPC prevê a relativização da coisa julgada nos casos ora discutidos. O juiz do cumprimento de sentença deve atender ao caráter vinculante da decisão do STF, não podendo deixar de declarar tal incompatibilidade mesmo após a ocorrência da coisa julgada²², com a decretação da inexigibilidade do título.

Como se observou no decorrer deste ensaio, é natural a ampliação do caráter *erga omnes* das decisões dos tribunais brasileiros, especialmente do STF. Essa vinculação pode atingir decisões transitadas em julgado e já em fase de cumprimento, que tenham aplicado lei ou ato normativo declarado inconstitucional pela Corte Maior.

A rigor, não basta a alegação, pelo impugnante, de inexigibilidade do título em decorrência da decisão do STF, tendo em vista o dever de demonstrar que a constitucionalidade é suficiente para a inversão do resultado da decisão (v.g., de procedência para improcedência). Se não ficar demonstrada essa característica, por certo haverá a rejeição da argumentação, mantendo-se íntegro o título executivo.²³

²¹ Era o que estabelecia a MP 2.180-35/2001, art. 10. Antes existiram as MPs 1997/37 e MP 1984/20, com redações aproximadas.

²² Sobre o assunto, comentando a antiga redação do art. 741, parágrafo único, do CPC/73, vale mencionar as lições de Faria e Theodoro Júnior (2005, p. 28): “o que se deduz do texto do parágrafo único do art. 741 do CPC é que se torna inquestionável o dever de recusar a execução da sentença quando a norma legal que lhe serviu de fundamento já tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Não caberá, portanto, ao juiz dos embargos recusar a interpretação a que chegou a Suprema Corte. A inexigibilidade do crédito exeqüendo será automática decorrência do pronunciamento de inconstitucionalidade do STF”.

²³ Marinoni (2008, p. 133) ensina que “a obstaculização da execução exige juízo no sentido de que a não adoção da norma ou da interpretação de-

Em relação ao controle concentrado, a situação parece não provocar grandes dúvidas. Há a possibilidade de modulação de efeitos, como pregam os arts. 27 da Lei 9.868/1999 e 11 da Lei 9.882/1999. Portanto, o caráter social, econômico, político etc. pode ser indicativo para a restrição ou ampliação do efeito *ex tunc* da apreciação do STF, refletindo nas decisões que transitaram em julgado atingidas pela interpretação do Tribunal.

É fácil perceber que a modulação (entendida como limitação temporal do efeito *ex tunc*) pode proteger eventuais decisões transitadas em julgado cuja legislação tenha sido atingida pelo controle de constitucionalidade. Assim, protege-se, dependendo do teor da decisão plenária do STF, a coisa julgada nas causas por ela atingidas.

Por outro lado, o CPC/15 também consagra a possibilidade de modulação das decisões em controle difuso (arts. 525, §13, e 535, §6º). Logo, considerando o caráter *erga omnes* decorrente do julgamento, por exemplo, do recurso extraordinário²⁴, o STF deve analisar a possibilidade de modulação, visando a *favorecer a segurança jurídica*, especialmente dos que serão atingidos pela *ratio decidendi* advinda desse julgamento.²⁵

Além disso, o CPC/15 deixa claro que, para fins de inexigibilidade do título e sua alegação na impugnação, a decisão do STF deve ser proferida antes do trânsito em julgado da

claradas inconstitucionais pelo Supremo conduziria à modificação do sinal da sentença, que, de procedência, passaria a ser de improcedência. Se o desrespeito ao pronunciamento vinculante não impuser a alteração da sentença, mas admitir apenas a modificação da sua fundamentação, não há como acolher a impugnação ou os embargos à execução".

²⁴ Vale lembrar que o Enunciado 58 do FPPC consagra que a decisão vinculante deve ser do plenário do STF e não de suas turmas.

²⁵ Na verdade, houve, durante a tramitação do projeto do novo CPC, a exclusão do *controle difuso*, o que voltou a ser incluído na versão final aprovada pelo Senado Federal. Aliás, vale citar as observações apresentadas por Neves (2016, p. 815): "já tive oportunidade de defender que somente o controle concentrado poderia ser utilizado na alegação de coisa julgada inconstitucional, justamente em razão dos efeitos da decisão, e, nesse sentido, não fiquei satisfeito com a aprovação do texto final do Novo Código de Processo Civil aprovado pelo Senado. No entanto, nunca deixei de compreender os argumentos dos que pensam diferente, defensores de uma objetivação do recurso extraordinário. Entendo, entretanto, que, se partirmos efetivamente para a eficácia *ultra partes* do julgamento desse recurso, ao menos algumas condições deveriam ser impostas. Poder-se-ia exigir, por exemplo, que o julgamento tenha se dado sob o rito dos recursos repetitivos, de forma que se tenha uma participação mais ampla e uma maior discussão sobre o tema constitucional".

decisão exequenda.²⁶ Por outro lado, se a decisão do Pretório Excelso ocorrer após o trânsito em julgado, estará sujeita à ação rescisória, como apontado anteriormente (art. 525, §§14 e 15, e 535, §§7º e 8º, do CPC/15).²⁷

Os dispositivos do CPC/15 que trazem, de um só turno, a possibilidade de desconstituição (revisão - relativização) da coisa julgada nos casos de interpretação contrária àquela oriunda do STF não estão imunes a críticas.²⁸ Aliás, ainda permanece em discussão se existe ou não a própria coisa julgada inconstitucional. Há posicionamentos defendendo a inexistência dessa garantia constitucional, visto que contaminada a própria condição da ação, tendo a impugnação função declaratória e não rescindente.²⁹

²⁶ De acordo com as lições de Shimura (2015, p. 1435), ao comentar o art. 525, do CPC/15: “para que a decisão do STF tenha eficácia vinculante e ‘erga omnes’ é preciso que tenha sido proferida *antes* do trânsito em julgado da decisão exequenda. Com tal dicção, o NCPC remarca o princípio da segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito. No ponto, vale lembrar que o dispositivo tem aplicação para as decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor do NCPC (art. 1.057)”.

²⁷ “É possível que o STF, ao apreciar a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, module os efeitos da sua decisão, em atenção à segurança jurídica (art. 525, §13). Nesses casos, pode ocorrer, por exemplo, de a eficácia da decisão recair somente sobre situações jurídicas formuladas posteriormente à declaração de inconstitucionalidade ou, ainda, ficar sujeita a termo (evento futuro e certo) fixado artificialmente pela Corte. Assim, mesmo sendo a decisão do STF anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, não será possível ao executado, em sede de impugnação, suscitar a incompatibilidade do título executivo judicial com o pronunciamento do STF, se se tratar de situação consolidada antes do termo definido pelo Tribunal” (MOUZALAS; TERCEIRO NETO; MADRUGA, 2016, p. 676).

²⁸ De acordo com Marinoni (2016, p. 297), “a norma do novo Código de Processo Civil merece muita atenção, pois ela é irremediavelmente inconstitucional. Note-se que, se o §14 do art. 525 corretamente exclui a possibilidade de superveniente decisão de inconstitucionalidade obstaculizar a execução de sentença, o §15 admite a sua invocação como sustentáculo de ação rescisória. Trata-se de duas normas claramente contraditórias, de modo que a segunda só pode ser compreendida como resultado de uma inserção descuidada, dessas que são feitas em uma lei de grande amplitude no apagar das luzes da discussão parlamentar”.

²⁹ Nesse aspecto, vale citar os ensinamentos da Professora Thereza Alvim, com base nos artigos do CPC/73: “Se o pedido em si mesmo encerra afronta à Constituição Federal, apesar de o juiz dever indeferir a petição inicial por inépcia, na medida em que o sistema jurídico positivo inadmite pedido que encerre absurdidade [jurídica, fática ou contra a natureza das coisas e, em especial, contra a própria Constituição], está-se diante de hipótese flagrante de ausência da condição da ação de ‘possibilidade jurídica do pedido’, além da falta de interesse jurídico para a propositura da ação”. Em seguida, continua: “Ora, como vimos, não apresentando o au-

De toda sorte, também no que respeita ao controle difuso é importante ponderar acerca do instituto da modulação dos efeitos.³⁰ Ora, se a decisão do STF declara, em controle difuso, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que fundamenta a decisão trânsita em julgado, a impugnação tende a ser acolhida, uma vez que a eficácia da decisão plenária relativizará a coisa julgada. Por outro lado, caso a decisão impugnada tenha transitado em julgado antes da apreciação do STF, a garantia da imutabilidade ficará comprometida caso seja acolhida a alegação na ação rescisória.

Nessa última hipótese, estar-se-á criando verdadeira instabilidade à coisa julgada. Ora, se de um lado há a natural preponderância das decisões do STF, de outro não é razoável deixar as relações jurídicas já pacificadas eternamente instáveis, influenciadas por decisões proferidas posteriormente pelo Pretório Excelso.

Assim, há de se concluir que o instituto da modulação dos efeitos deve ser utilizado pelo STF com o objetivo de garantir, nos casos concretos, a estabilidade das situações jurídicas atingidas pela decisão³¹ e os futuros julgamentos sobre o tema, inclusive da própria Corte.³²

tor a condição da ação de *possibilidade jurídica do pedido* não teríamos a ação processual civil e descaberia qualquer preocupação sobre a relativização da coisa julgada, desde que esta não se teria formado". E conclui, aduzindo que: "Esse mesmo raciocínio se faz necessário em face da declaração de inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, razão pela qual as decisões judiciais anteriores, concessivas dos pedidos fundamentados nessa lei, à época entendida como constitucional, não podem subsistir. Por ter sido o pedido feito com base em lei inconstitucional, esta contaminou a condição da ação, a possibilidade jurídica do pedido, tornando inexistente a ação processual civil, não se tendo, portanto, formado a coisa julgada material" (ALVIM, 2008, p. 405).

³⁰ Sobre os aspectos processuais da modulação dos efeitos, ver Peixoto (2015, p. 321 *et seq.*).

³¹ Há interessante discussão no sentido de analisar se o Juízo do cumprimento de sentença pode modular a decisão do STF, para o seu caso concreto. Neste sentido, vale transcrever as lições de Neves (2016, p. 816), que, de um lado, afirma que a única forma de tornar úteis os dispositivos ligados à modulação é entender que essa atividade deve ser feita pelo Juízo da execução e, de outro, conclui que tal raciocínio conduz à inconstitucionalidade do dispositivo, tendo em vista que "a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade é atividade privativa do Supremo Tribunal Federal, sob pena de o juízo de primeiro grau da execução limitar indevidamente os limites temporais da declaração de inconstitucionalidade proferida pela Corte Superior".

³² Como explica Marinoni (2016, p. 306-307): "no caso de decisão que autoriza o alcance da coisa julgada, o STF deverá explicitar as razões da adoção deste drástico efeito, esclarecendo os motivos para se deixar de lado

Referências

- ABBOUD, Georges; NERY JR, Nelson. *Stare decisis vs direito jurisprudencial*. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do processo civil** – estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.
- ALVIM, Thereza. O cabimento de embargos ou impugnação ante a sentença contrária à Constituição (arts. 741, parágrafo único, e 475-L, do CPC): hipótese de “flexibilização” ou inexistência da coisa julgada. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*. Estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- ARAÚJO, Jose Henrique Mouta. Impugnação e embargos do devedor nos títulos executivos inconstitucionais: a ampliação do caráter vinculante das decisões do STF. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 71, São Paulo: Dialética, 2011.
- _____. Notas sobre o cumprimento das decisões judiciais contra a fazenda pública no novo CPC: aspectos polêmicos. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. (Coord.).
- Advocacia Pública** - coleção repercussões do novo CPC, vol 3. ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Salvador: Juspodivm, 2015.
- _____. Processos repetitivos e os poderes dos Magistrados diante da Lei n 11.277/06. Observação e críticas. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 37, nº 8, 2006a.
- _____. Súmula impeditiva de recursos. Uma visão sobre o atual quadro processual brasileiro. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, v. 39, 2006b.
- ARRUDA, Paula. **Efeito vinculante**: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- ATAÍDE JR, Jadelmiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.
- AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. **Súmula vinculante**: o precedente como fonte de Direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2008.

o valor da coisa julgada. Estes motivos vinculam o Supremo, impedindo-o de deles se libertar em decisões futuras a respeito do tema. Essa vinculação somente poderá cessar caso a Corte demonstre que os motivos já adotados não devem ser reprisados diante das especificidades de um novo caso. Recai sobre o Supremo um forte ônus argumentativo. Sómente a superação deste ônus permitirá à Corte se libertar dos critérios que antes utilizou”.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. O dever de fundamentação, contraditório substantivo e superação de precedentes vinculantes (overruling) no novo CPC – ou do repúdio a uma nova escola de exegese. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do processo civil** – estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil, v. 2. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 27-46.

BARIONI, Rodrigo. Comentários ao art. 966, do CPC/15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Jean Carlos. A introdução da sentença-tipo no sistema processual civil brasileiro – Lei 11.277. **Revista Dialética de Direito Processual**, nº 37, São Paulo: Dialética, abril/2006.

DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante**: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DIDIER JR., Freddie. (Coord.). **Relativização da coisa julgada**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2006.

FARIA, Juliana Cordeiro de; THEODORO JR, Humberto. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. **Revista de Processo**, nº 127, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. Salvador: Juspodivm, 2014.

MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade: impugnação, rescisória e modulação dos efeitos. **Revista de Processo**, nº 251, São Paulo: Revista dos tribunais, jan. 2016.

_____. **Coisa julgada inconstitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, José Otávio; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil** – volume único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 4ª ed. São Paulo: América Jurídica, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de processo civil**. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.

PERO, Maria Thereza Gonçalves. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais** – racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.

SHIMURA, Sérgio Seiji. Comentários ao art. 525, do CPC/15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2^a ed. São Paulo: Reorda dos Tribunais, 2015.

SILVA, Beclauta Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Um olhar sobre os embargos de declaração à luz do Novo CPC

Wilson de Souza Malcher

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Especialista em Direito Processual Civil pelo
Instituto Brasileiro de Direito Processual
MBA em Direito Econômico e das Empresas pela
Fundação Getulio Vargas/DF
Mestre em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra – Portugal
Doutor em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Salamanca – Espanha*

RESUMO

Com a edição da Lei nº 13.105/2015 e a remodelagem e a valorização sofrida pelos embargos de declaração, acredito ser interessante destacar algumas inovações pontuais introduzidas pelo novo diploma processual e aproveitar a oportunidade para lançar notas sobre algumas inquietações particulares, nomeadamente quanto às hipóteses de cabimento do recurso, diante da redação do art. 1.022 e da definição do que vem a se constituir uma decisão omissa e não fundamentada.

Palavras-chave: Embargos de declaração. Cabimento. Fundamentação. Omissão.

ABSTRACT

With the enactment of Law 13.105/2015 and the remodeling and appreciation suffered by the requests for clarification, I believe is interesting to highlight some specific innovations introduced by the new procedural law code and take the opportunity to remark some particular concerns, notably concerning situations of usefulness of this remedy due the wording of article 1022 and the definition of what would be a missing and not substantiated decision.

Keywords: Requests for clarification. Fitting. Rationale. Omission.

Introdução

Li recentemente o artigo *Decisão bem fundamentada é a primeira meta a ser cumprida por juízes*, do e. Juiz Federal José Renato Rodrigues, também autor de *O juiz que eu quero no meu processo judicial*, ambos disponíveis no sítio eletrônico Consultor Jurídico.¹ Diga-se, escritos e publicados anteriormente à edição do Novo Código de Processo Civil.

Chamou-me especial atenção a forma corajosa e franca como o ínclito magistrado discorre sobre a atividade de julgar e, sobretudo, sobre o desafio de conciliar a celeridade processual com a qualidade das decisões. Para tanto, nos brinda com citações de renomados doutrinadores de escol, como Cândido Rangel Dinamarco, José Roberto dos Santos Bedaque e Kazuo Watanabe, bem como de excertos de julgados do Supremo Tribunal Federal, dentre os quais destaco para fins de posterior cotejo com a atual redação dos artigos 10, 489 e 1.022, do Novo CPC:

[...] o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão.²

Não viola o artigo 93, IX, da CF o acórdão que adota os fundamentos da sentença de primeiro grau como razão de decidir.³

E sensibilizado com os destinos das partes e dos terceiros eventualmente atingidos pelas decisões judiciais, o eminentíssimo magistrado ressalta que, antes de se preocupar com o aspecto quantitativo, deve o juiz primar pela qualidade de suas decisões.

Sabe-se que os juízes na nobre tarefa de julgar acertam e erram, fazendo boa ou má aplicação do Direito. Nessa missão, por vezes, são provocados, via recurso de embargos de declaração⁴, a proferir uma nova manifestação judicial, com vistas a

¹ Disponíveis em: www.conjur.com.br/2015-jan-15/jose-renato-decisao-bem-fundamentada-primeira-meta-cumprida e www.conjur.com.br/2013-out-06/jose-rodrigues-juiz-eu-quero-meu-processo-judicial. Acesso em: 23 jul. 2016.

² STJ, EDcl no AgRg no AREsp nº 83.578-PE, Min. Humberto Martins, DJe de 14.06.2012.

³ HC 98.814, Rel. MIN. Ellen Gracie, julgamento em 23.06.2009, Segunda Turma, DJe de 04.09.2009.

⁴ Nesse particular, registre-se superada a discussão sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração, visto que estão expressamente incluídos no elenco dos recursos (art. 994, III, do NCPC).

melhor esclarecer a conclusão adotada, eliminar contradição ou suprir omissão de questões não apreciadas.

Nessa linha de pensamento, e diante da remodelagem e valorização sofrida pelos embargos de declaração, a partir da edição da Lei nº 13.105/2015, pretendo, como operador do Direito, dar destaque a algumas inovações pontuais introduzidas pelo novo diploma processual e aproveitar a oportunidade para lançar notas sobre algumas inquietações particulares.

1 Sobre o cabimento dos embargos de declaração

O revogado CPC/73 dizia caber embargos de declaração contra sentença ou acórdão; omitindo-se quanto ao cabimento em caso de decisão interlocutória e despacho. O saudoso Pontes de Miranda, segundo assevera Costa (2007, p. 232), desde sempre sustentou que os embargos de declaração eram cabíveis contra qualquer decisão. A redação do art. 1.022, do Novo CPC, finalmente veio suprir a omissão, pelo menos em parte, ao estabelecer que cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial. Logo, aí incluídas as decisões interlocutórias, definidas no art. 203, § 2º, do NCPC.⁵

Vê-se, portanto, que remanesce a omissão quanto ao cabimento do recurso em caso de despachos, os quais definidos no § 3º, do art. 203, NCPC.⁶ Sobre a questão, o consagrado Assis (2007, p. 586), com todo o crédito que merece, sustenta o cabimento dos declaratórios em caso de despachos, apesar do art. 504, CPC/73, atual art. 1.001, NCPC, declarar que “dos despachos não cabe recurso”.

O processualista Nery Junior e Nery (2007, p. 907), de igual modo, asseveram que, se o despacho de algum modo causar gravame à parte ou ao interessado, caracteriza-se como *decisão*, que, nesse caso, pode ser impugnada por embargos de declaração.

Prefiro aderir ao posicionamento dos processualistas citados: cabem embargos de declaração de despachos! Afinal, pode haver necessidade de corrigir eventualmente uma omissão ou erro material e/ou promover esclarecimentos sobre alguma questão mencionada no despacho embargado.

O art. 1.022 do NCPC, correspondente ao art. 535, do CPC/1973, ao tratar das hipóteses de cabimento, diz cabível a oposi-

⁵ Art. 203, § 2º, NCPC: “Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º”.

⁶ Art. 203, § 3º, NCPC: “São despachos todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte”.

ção de embargos de declaração para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão e corrigir *erro material*. Apresenta novidade, portanto, ao introduzir esta última hipótese de fundamento (inciso III, do art. 1.022). A doutrina e a jurisprudência já admitiam a hipótese.

E, no parágrafo único do mencionado art. 1.022, nos apresenta as hipóteses em que a decisão deve ser reputada como *omissa*:

Art. 1.022 [...]

Parágrafo único. Considera-se omessa a decisão que:
I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;
II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

O novo CPC, do que se extrai do dispositivo acima e de tantos outros nele contidos, a exemplo dos artigos 932, inciso IV, e 985, prestigia a uniformidade e a estabilidade da jurisprudência. E reputa *omissa* decisão que se mostra contrária à tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência.⁷

No § 1º do art. 489 diz considerar como NÃO fundamentada qualquer decisão judicial que:

- se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (inciso V);
- deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Neste momento, peço vénia para transcrever trecho da Exposição de Motivos do anteprojeto do novo Código que nos permite conferir a preocupação da Comissão Elaboradora em evitar justamente a dispersão excessiva da jurisprudência e valo-

⁷ Criou-se o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987 do NCPC), com o objetivo de permitir o julgamento conjunto de demandas de massa, ou seja, de mesma questão de direito. E no art. 947 prevê a admissão do incidente de assunção de competência quando o julgamento de recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos.

rizar a função paradigmática desempenhada pelas decisões dos tribunais, como forma de moldar o ordenamento jurídico e garantir a segurança jurídica:

[...] haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de condutas diferentes, ditadas por decisões emanadas de tribunais diferentes.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intransqüilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Criam-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência [...]

Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos [...]

Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de resolução de demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta.⁸

O novo diploma processual, com efeito, harmonizado com as garantias constitucionais, apresenta maior preocupação com a necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais. Diga-se de passagem, um alerta aos magistrados, melhor dizendo, uma chamada de atenção para aqueles que ousam, em nome da celeridade processual, descuidar da qualidade de suas decisões e, até mesmo, abrandar o conteúdo da Carta Maior, visto que o texto constitucional, no inciso IX, do art. 93, expressamente prevê a necessidade de fundamentação de todas as decisões.

⁸ Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

O legislador pátrio, textualmente e em boa hora, considera como *omissa* qualquer decisão judicial cujo conteúdo se enquadre nas hipóteses descritas no § 1º, do art. 489, no NCPC.

Dita o mencionado art. 489, § 1º, do NCPC:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão que:

- I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O dispositivo legal acima transscrito é, sem dúvidas, uma enorme conquista para os advogados militantes, os quais na defesa dos interesses de seus constituídos, não raro, se deparavam com decisões carentes de fundamentação adequada, em prejuízo da própria eficácia da prestação jurisdicional.

Certamente, não se há de admitir a mera indicação de ato normativo sem a devida explicação de sua relação com a causa ou a questão decidida, nem mesmo o emprego de conceitos jurídicos indeterminados. É dever do juiz conhecer a norma jurídica – *lura novit curia* –, e não caberia explicar ao juiz ou tribunal a lei ou normativo, porém o mesmo não se aplica ao jurisdicionado, que espera do juiz, além do preparo técnico, a realização do ideal de justiça.

Levando-se em conta que não se admite uma defesa genérica, devendo o réu manifestar-se precisamente sobre as alegações constantes da petição inicial (art. 341, NCPC), também não é admissível uma decisão genérica, cujo conteúdo se prestaria a justificar qualquer decisão.

Em rápida consulta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deparei-me com decisão monocrática do Ministro Luís

Felipe Salomão, proferida no EDCl no AREsp nº 877.385 – MG, publicada em 27/07/2016, na qual, infelizmente, minimiza-se a importância do art. 489, § 1º. Confira-se:

O parágrafo único do dispositivo ora analisado especifica que se considera omissa a decisão que deixar de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos (recursos especial ou extraordinário repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas) ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento ou que incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1.º, do Novo CPC, dispositivo responsável por inovadoras exigências quanto à fundamentação da decisão. O dispositivo na realidade não inova ou tão pouco complementa o inciso II do art. 1.022 do Novo CPC, já que as especificações presentes no dispositivo ora comentado são claras hipóteses de omissão de questões sobre as quais o juiz deve se pronunciar.

Não acredito ser esse o espírito do novel diploma processualista, o qual, inclusive, no art 1.021, § 3º, veda ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. Desta feita, não pode o relator, como sói acontecer, transcrever o inteiro teor da decisão monocrática e ao final, sem enfrentar os argumentos deduzidos no processo, restringir-se à declaração que não vê motivos para decidir de forma contrária.

Há quem argumente, por outro lado, que os magistrados irão descumprir o disposto no art. 489, § 1º e, por conseguinte, a Constituição Federal. Refiro-me, no caso, ao colega advogado Carreirão (2016), que, em artigo publicado no sítio eletrônico Jusbrasil, assim sustenta:

Os juízes não deixam de fundamentar as decisões adequadamente porque simplesmente não querem; deixam de fundamentar **porque não conseguem**. E é pela mesma razão que não conseguirão cumprir o disposto no art. 489, § 1º, do *CPC/2015* (grifos nossos).

O nobre colega aponta uma série de razões que levariam os juízes a não fundamentarem adequadamente suas decisões. Dentre elas, culpa os próprios jurisdicionados, ao afirmar que nós brasileiros somos passionais e não temos a cultura de resolver os nossos problemas de maneira pragmática.

Sem adentrar a outras razões de defesa – até porque foge ao escopo deste trabalho –, creio cabível lembrar que os juízes, ao escolherem abraçar a magistratura, assumiram o ônus de pres-

tar a tutela jurisdicional e juraram cumprir a Constituição e as Leis do país. Logo, não se trata de “querer ou não querer” fundamental as decisões proferidas. Existe um ordenamento legal e um comportamento ético que devem ser respeitados por todos; notadamente, por aquele que é responsável pela direção do processo.

Cabe oportuno, mais uma vez, transcrever trecho da Exposição de Motivos do novo CPC:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.⁹

Essas palavras, com efeito, estão em consonância com o desejo do Juiz Federal José Renato Rodrigues, *in verbis*:

Sintetizo numa frase o meu desejo: o juiz deve amar exercer a nobre profissão que livremente escolheu para bem decidir com zelo e de forma justa e célere, sempre tendo em mente que é a última trincheira dos cidadãos na busca de seus direitos fundamentais (RODRIGUES, 2013).

A Constituição Federal, no art. 5º, XXXV, assegura a todos que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de Direito. É o Estado, portanto, o responsável pela resolução dos conflitos sociais. E o novo Processo Civil, em sintonia fina com a Carta Magna e objetivando criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa, constitui-se em importante instrumento de pacificação social. Logo, espera-se que os operadores do Direito, e, nomeadamente, o magistrado, venham a construir no dia a dia a realização da justiça almejada por todos.

2 Sobre os efeitos infringentes dos embargos de declaração

Sabe-se que os embargos de declaração, em regra, não devem servir para modificar o conteúdo decisório, porém, em certos casos, o aclaramento decorrente notadamente da omissão e da correção de erro material poderá acarretar alteração subs-

⁹ Exposição de Motivos do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

tancial da decisão. É o que a doutrina denomina de *caráter infringente* do recurso.

Ao certo, essa alteração também poderá ocorrer quando provido o recurso para corrigir contradição e/ou obscuridade.

A *infringência*, nas palavras de Nery Junior e Nery (2007, p. 908), não deve ser o objeto do recurso, mas consequência de seu provimento, por promover a modificação do dispositivo da sentença, que supriu a omissão, resolveu a obscuridade e/ou contradição, ou corrigiu erro material manifesto.

Sobre o tema, chama-se atenção para a novidade introduzida pelo parágrafo 4º do art. 1.024, NCPC:

§ 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

O novo dispositivo, que não encontra correspondente no CPC/1973, prima pela obediência ao princípio constitucional do contraditório, facultando ao embargado a oportunidade de complementar ou alterar as razões recursais, respeitados os limites da modificação produzida pelo provimento dos aclaratórios.

3 Edição da Súmula nº 579/STJ

O parágrafo quinto do art. 1.024 do NCPC veio, em boa hora, superar o enunciado nº 418/STJ.

§ 5º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgado anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

Ao mesmo tempo, provocou a criação de nova súmula por parte do STJ, a de nº 579:

Não é necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração, quando inalterado o resultado anterior.

Cai, portanto, uma “barreira” criada pelo próprio STJ para a admissibilidade do recurso especial. Por vezes, por simples falta de atenção, o advogado via-se impedido de ter conhecido e

províodo o recurso especial, diante de proibição veiculada apenas em sede sumular, a qual privilegiava a forma, em detrimento do mérito recursal.

4 Sobre o prequestionamento ficto

Considera-se que o art. 1.025 do NCPC vem encampar o que a doutrina e a jurisprudência denominam “prequestionamento ficto”. Em outras palavras, o mencionado dispositivo legal estaria a reproduzir enunciado da Súmula nº 356 do STF, a compara:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Súmula 356/STF:

O ponto omissó da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos de declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

Entendo que, em realidade, a nova regra tenta privilegiar a real efetividade do processo, porquanto é fato comum a não admissão ou rejeição dos embargos de declaração, nomeadamente aqueles utilizados para fins de prequestionamento da matéria passível de recurso especial ou extraordinário. De outro modo, não estou convicto dessa efetividade, visto que exigido o requisito de que o *tribunal superior considere existente(s) o(s) víncio(s) apontado(s) nos aclaratórios*. Para tanto, impõe-se a necessidade de apreciação prévia da questão suscitada em sede de embargos de declaração. Se assim for, a inovação depõe contra a simplificação perseguida para o sistema recursal, pois está a exigir a manifestação dos tribunais superiores.

Acredito que, em verdade, os tribunais superiores, uma vez constatada a necessidade de manifestação sobre os embargos de declaração, devolverão os autos ao juízo *a quo*, para que este promova o devido julgamento. Como, aliás, procede o STJ, quando na interposição de recurso especial com fulcro no art. 535, do CPC/1973.

5 Embargos de declaração protelatórios

O parágrafo 2º do art. 1.026 vem a majorar o percentual de multa a ser fixada quando se tratar de embargos de declaração manifestamente protelatórios. Assim, a multa deverá ser fixada em percentual não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. Majorada, portanto, em mais um por cento (art. 538, parágrafo único, CPC/1973).

O art. 1.026, § 3º, por sua vez, majora o percentual da multa para o caso de reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios (o segundo aclaratório protelatório). A multa, no caso, será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer recurso condicionada ao prévio depósito da multa, ressalvado tratar-se da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, os quais poderão efetuar recolhimento ao final.

Por sua vez, o parágrafo 4º, do mesmo dispositivo, proíbe a admissão de um terceiro embargo de declaração, em havendo dois anteriores considerados protelatórios.

Pergunta-se: se apenas o segundo embargo de declaração é declarado protelatório, a multa será de dois ou de até dez por cento? Acredito que incidirá a multa do parágrafo segundo (dois por cento), visto que não se trata de reiteração de aclaratórios já declarados protelatórios.

Mais uma indagação: uma vez declarado protelatório o primeiro embargo de declaração, a oposição do segundo exige depósito prévio do valor da multa, visto que a redação do parágrafo terceiro, do art. 1.026, diz textualmente de “qualquer recurso” (art. 994, I a IX)? Acredito que a resposta é negativa, posto que o legislador somente veio a exigir tal depósito após a interposição do segundo embargo de declaração manifestamente protelatório. Ademais, o embargante poderá, inclusive, tentar apresentar argumentos para o afastamento da multa aplicada. E, no caso de insucesso, efetuar o recolhimento da multa, majorada ou não.

Conclusão

Ao iniciar o presente estudo do NCPC, destaquei dois excertos de julgados do STF mencionados nos artigos do juiz federal José Renato Rodrigues, os quais reservados para cotejar com a nova sistemática processual. E, neste momento, após discorrer sobre as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, acredito ser possível afirmar que o NCPC deverá provocar

– assim espero – uma mudança de rumo na jurisprudência nacional, sobretudo naquilo que se refere à apreciação dos argumentos fáticos e jurídicos deduzidos pelas partes, diante da dicção do parágrafo único do art. 1.022, a partir da definição de *decisão omissa*.

O novo Código de Processo Civil, o qual pretende dar concreção aos princípios constitucionais e propiciar um processo mais célere e justo, passa a não admitir a prolação de decisão judicial do tipo “*o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes.*” ou “*adota-se os fundamentos da sentença*”, desconhecendo-se por completo as razões recursais da embargante.

As minhas inquietações particulares, às quais pretendi lançar notas neste estudo, reposam exatamente na dificuldade de auferir resultado com a oposição dos embargos de declaração, em face justamente da maneira como os magistrados até então os têm processado e julgado.

Espera-se chegada a hora de se preservar as justas expectativas dos operadores do Direito, que se utilizam dos embargos de declaração como remédio processual na defesa do interesse de seus constituídos e na realização da justiça.

O novo Código de Processo Civil vem nos dar esperança de maior concretude ao dever de fundamentação das decisões judiciais, como já previsto no art. 93, inciso X, da Constituição Federal. Sem olvidar, no entanto, que cabe ao advogado a função de utilizar os aclaratórios com a destreza técnica, a parcimônia e a boa-fé exigida a todos aqueles que participam do processo.

Referências

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARREIRÃO, Bruno de Oliveira. **Art. 489, § 1º, do Novo CPC: Panaceia ou letra morta?** Disponível em: <http://carreirao.jusbrasil.com.br/artigos/215409488/art-489-1-do-novo-cpc-panaceia-ou-letra-morta>. Acesso em: 23 ago. 2016.

COSTA, Marcus Vinícius Americano da. Embargos de declaração: prequestionamento, efeito modi-

ficativo, devido processo legal, contraditório e ampla defesa. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 232-237.

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante.** 10^a Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, José Renato. Decisão bem fundamentada é a primeira meta a ser cumprida por juízes. **Revista Consultor Jurídico**, 15 jan. 2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-jan-15/jose-renato-decisao-bem-fundamentada-primeira-meta-cumprida. Acesso em: 23 jul. 2016.

RODRIGUES, José Renato. O juiz que eu quero no meu processo judicial. **Revista Consultor Jurídico**, 6 out. 2013. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-out-06/jose-rodrigues-juiz-eu-quero-meu-processo-judicial. Acesso em: 23 jul. 2016.

Uma revisita ao tema da prescrição intercorrente no âmbito do processo civil com ênfase no Novo CPC¹

Arlete Inês Aurelli

Advogada em São Paulo

Doutora e Mestre pela PUC/SP

Professora de Direito Processual Civil nos cursos de

graduação e pós graduação stricto sensu da PUC/SP

Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados

de Processo) e do IBDP (Instituto Brasileiro

de Direito Processual)

Izabel Cristina Pinheiro Cardoso Pantaleão

Advogada em São Paulo

Mestre pela PUC/SP

Pós graduada em direito das telecomunicações

Professora convidada de cursos de especialização da

Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Escola

Superior de Advocacia - OAB/SP

Membro do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados

de Processo), da Comissão de Telecomunicações da

OAB/SP e da Comissão de Liberdade de

Imprensa da OAB/SP

RESUMO

O presente artigo visa analisar o instituto da prescrição intercorrente, com o advento do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Prescrição intercorrente. Novo Código de Processo Civil. Execução. Cumprimento de sentença.

ABSTRACT

The article analyzes the institution of interim statute of limitations with the advent of the New Code of Civil Procedure.

¹ Atualização do artigo *Uma revisita ao tema da prescrição intercorrente com ênfase no projeto do CPC*, publicado como capítulo de livro na obra coletiva *Execução Civil e Temas Afins, Estudos em homenagem à Araken de Assis*, coord. Arruda Alvim, Eduardo Arruda Alvim, Gilberto Bruschi, Mara Chechi e Monica Couto, RT, 2014, p. 40-50.

Keywords: Interim Statute of Limitations. Code of Civil Procedure. New Brazilian Civil Procedure Code. Enforcement.

Introdução

No presente artigo, pretendemos fazer uma necessária revisita ao tema da prescrição intercorrente, mas, desta vez, procedendo à análise do instituto, frente à expressa previsão trazida pelo Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.015/2015.

De fato, embora a prescrição intercorrente seja plenamente aceita por boa parte da doutrina e da jurisprudência de nossos tribunais, no âmbito do processo civil, ao contrário da esfera trabalhista e tributária, até o momento não havia previsão legal expressa, o que, como já foi afirmado anteriormente², possibilitava o acirramento de discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da incidência do instituto.

Desta forma, em boa hora, o Novo Código de Processo Civil coloca uma pá de cal sobre a controvérsia a respeito da aplicabilidade da prescrição intercorrente no âmbito do processo civil, ao dispor expressamente que:

Art. 924 – Extingue-se a execução quando: [...]
V – ocorrer a prescrição intercorrente.

Além disso, o art. 921 prevê expressamente a prescrição intercorrente no âmbito do processo civil, dispondo que:

Art. 921. Suspende-se a execução: [...]
III – quando o exequente não possuir bens penhoráveis [...]
§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de um ano, durante o qual não correrá o prazo de prescrição.
§ 2º Decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.
§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.
§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, tem início o prazo de prescrição intercorrente.
§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

² A prescrição intercorrente no âmbito do processo civil - REPRO 165/327.

Assim, examinaremos o instituto da prescrição e seus matizes, no âmbito do processo civil, mas, desta vez, tendo em mira as disposições expressas recém-transcritas.

1 Noções gerais – conceito de prescrição

Como frisamos, em trabalho anterior³, para uma exata compreensão do conceito de prescrição não podemos nos ater à singela definição de que seria a perda do direito de ação em consequência do não exercício da mesma, durante um certo espaço de tempo determinado pela lei, porquanto com base nela não conseguimos realmente diferenciá-la do instituto da decadência. Esse entendimento originou-se em decorrência do legislador de 1916, que, influenciado pela teoria imanentista, pela qual a ação seria inerente ao direito subjetivo, traduziu o vocábulo alemão *anspruch* por ação, no lugar de pretensão, ao se referir ao instituto da prescrição (MARCATO, 2011, p. 85).

Ademais disso, o Código Civil, em seus artigos 205 e 206, passou a tratar a prescrição como perda do direito à pretensão, ou seja, ao direito subjetivo a uma prestação, suscetível de lesão. Portanto, a prescrição extingue a pretensão. Contudo, pode-se dizer que extingue também e indiretamente o direito de ação.

Sobre esse assunto, Assis (2011, p. 97), brilhantemente, ensina que

a bem da clareza, neste terreno controverso, importa distinguir a pretensão do direito subjetivo, que lhe antecede, e da ação, que pode lhe corresponder. Do direito subjetivo difere a pretensão, porque há direitos congenitamente inexigíveis, mutilados de pretensão, como já explicado. [...] A pretensão não é o direito, mas o poder de exigir o direito [...] Por outro lado, ao desaparecimento da pretensão subsiste o direito subjetivo [...] E da ação distingue-se a pretensão porque, na qualidade de potência, não importa, ainda, o agir. Se o titular do direito pretende, e o sujeito passivo cumpre o dever respectivo, torna-se inútil qualquer agir ulterior.

Nessa seara, o ideal seria concordar com Amorim Filho (2008): quando o prazo para o exercício da pretensão se referir a tutelas condenatórias, será prescricional; quando se referir a tutelas constitutivas, com estabelecimento de prazo para a propositura, será decadencial; quando se tratar de tutela constitutiva, mas

³ A prescrição intercorrente no âmbito do processo civil- REPRO 165/327.

não houver previsão de prazo ou se referir a pretensões de ín-dole declaratórias, serão imprescritíveis.

A necessidade da aplicação do instituto da prescrição se justifica pelo princípio da segurança jurídica. De fato, é a necessidade de resolver os conflitos sociais com fins de pacificação social e, mais, a premência de se evitar a permanência prolongada e, muitas vezes, eterna da conflituosidade no seio social que justificam a existência do instituto da prescrição. Sim, porque a prescrição, ao punir com a perda do direito de agir o titular da pretensão, que se mantém inerte, funciona, a grosso modo, como um eliminador de demandas.

Nesse sentido, Wald e Armelin (2011, p. 41) afirmam que

a prescrição é um fenômeno jurídico resultante de exigências sociais no sentido da manutenção de um nível razoável de segurança jurídica, que resulta da pacificação de conflitos, conjugando, para tanto, a inércia do interessado com o decurso do tempo. Atende, precípua mente, ao propósito de impedir a manutenção de conflitos pendentes de solução e a eternização de demandas, com todas as consequências daí decorrentes.

Com o instituto da prescrição, o Estado busca manter a paz social, impedindo, pois, que a ação possa ser proposta a qualquer momento, muitas vezes depois de longos anos, e, com isso, evita-se a perpetuação da incerteza jurídica, resguardando o interesse de ordem pública referente à existência e eficácia de direitos. Portanto, pode-se dizer que a prescrição é medida de ordem pública, que tem por finalidade extinguir pretensões para que a instabilidade do direito não venha a perpetuar-se, com sacrifício da harmonia social. Há interesse jurídico-social para que o instituto permaneça no sistema.

Ora, seria propiciar a instalação do caos social permitir que um determinado credor, após dez, vinte, trinta ou mais anos de arquivamento do processo, resolvesse requerer a continuidade da execução, com novas tentativas de penhora de bens do devedor. Permitir tal atividade significaria possibilitar que as lides jamais se estabilizassem, gerando flagrante insegurança jurídica.

Portanto, o instituto da prescrição intercorrente faz-se indispensável porque objetiva restabelecer o equilíbrio e a estabilidade do direito, tornando a pretensão, daquele que foi inerte, inoperante.

Além do princípio da segurança jurídica, pode-se dizer também que a prescrição atende também aos princípios do devido

processo legal e da duração razoável do processo. Ora, o princípio do devido processo legal nos garante o direito a um processo justo, com sentença justa, no sentido de que todas as garantias fundamentais, expressas na Carta Magna, sejam respeitadas pelo órgão julgador. Para manutenção do Estado Democrático de Direito é fundamental a observação rigorosa da garantia constitucional do devido processo legal.

E um dos escopos de um processo justo, que siga à risca o modelo constitucional do processo, como refere Bueno (2011, p. 128)⁴, é o princípio da razoável duração do processo, trazido pela emenda constitucional 45/2004 e previsto no art. 5º, LXXVIII, que reza: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Dias (2010), sobre o princípio da duração razoável do processo, expõe que com a publicação da Emenda Constitucional nº 45, por força da norma do art. 5º, inciso LXVIII, no Estado brasileiro, o povo tem não só o direito fundamental à jurisdição como também o direito a que esse serviço público monopolizado e essencial do Estado lhe seja prestado dentro de um prazo razoável. Contrapõe-se a esse direito o dever do Estado de prestar a jurisdição mediante a garantia de um processo sem dilações indevidas, isso significando processos cujos atos sejam praticados naqueles prazos fixados pelo próprio Estado nas normas de direito processual que edita, evitando-se as ocorrências causadoras de suas costumeiras “etapas mortas”, as quais traduzem longos espaços.

E para dar cumprimento aos ditames desse princípio constitucional é plenamente justificada a inserção da prescrição intercorrente no sistema processual civil, como fez o Novo Código de Processo Civil.

Ora, a prescrição intercorrente também é uma medida de sanção para a inércia do titular da pretensão, mas configura-se

⁴ Bueno (2011, p. 128) afirma que “Os princípios constitucionais” ocupam-se especificamente com a conformação do próprio processo, assim entendido o método de atuação do Estado-juiz e, portanto, método de exercício da função jurisdicional. São eles que fornecem as diretrizes mínimas, mas fundamentais, do próprio comportamento do Estado-juiz. É essa a razão pela qual, no desenvolvimento deste trabalho, a menção à expressão “modelo constitucional do processo civil”, sem qualquer ressalva, quer se referir mais especificamente a este primeiro grupo de normas, o relativo aos “princípios constitucionais do direito processual civil” a uma das partes, pois, que integram “o modelo constitucional do direito processual civil”.

tão somente após o processo já instaurado. Nesse caso, é a falta de tramitação injustificada que ocasiona a incidência do instituto.

Didier Júnior e colaboradores (2016, p. 456) conceituam prescrição intercorrente como “aquela que ocorre durante a litispendência, o que inclui o período que separa as fases de conhecimento e de execução da decisão” e afirmam que “para que se configure a prescrição intercorrente é preciso que haja algum tipo de comportamento do credor/exequente, do qual decorra a paralisação do processo pelo tempo necessário à configuração da prescrição”.

De fato, a prescrição intercorrente configura-se tão somente após a instauração do processo, pelo que, pode-se dizer, se trata de uma medida de sanção para a falta de tramitação injustificada, violadora da razoável duração do processo.

Portanto, o escopo da prescrição intercorrente é evitar a mácula ao princípio da razoável duração do processo.

2 A prescrição intercorrente no Novo Código de Processo Civil

O artigo 924 não deixa margens à dúvida de que a prescrição intercorrente deverá ser decretada na execução civil. Resta saber quando e em que hipóteses. Outras questões também surgem a partir daí, como, por exemplo, saber se poderá ser declarada na fase de conhecimento ou no cumprimento de sentença, ou, ao contrário, se somente na execução por título extrajudicial. Se puder ser reconhecida na fase de conhecimento, restará saber se poderá ser decretada de ofício. E, assim, muitas outras dúvidas se revelam. Vamos, pois, analisá-las.

O Novo Código de Processo Civil silenciou sobre a possibilidade de decretação da prescrição intercorrente na fase de conhecimento.

No entanto, reiteramos nosso entendimento constante de trabalho anterior⁵, no sentido de que há essa possibilidade na fase de conhecimento.

O Novo Código de Processo Civil, para adaptar a norma processual aos ditames do Código Civil (art. 202, I), deixa de prever a interrupção da prescrição como efeito do ato citatório, passando a dispor, no artigo 240, § 1º, que tal efeito interruptivo se dá pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juiz incompetente, que retroagirá à data da propositura da

⁵ A prescrição intercorrente no âmbito do processo civil - REPRO 165/327.

ação, bem como que incumbe ao autor adotar, no prazo de dez dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º. Traz também previsão expressa de que a parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.⁶

Pode-se continuar a admitir que, se a parte autora abandonar o processo, agindo com contumácia ou demonstrar total falta de vontade em exercer a pretensão que lhe cabe, o prazo prescricional recomeçará a correr, dessa vez, do último ato praticado no processo. Assim, por exemplo, se o processo foi encaminhado ao arquivo porque a parte não promoveu o andamento do feito, é evidente que o prazo prescricional recomeçará a correr.

Nesse sentido, explica Arruda Alvim (2005, p. 29):

O que se quer dizer é que, com o curso normal do processo, a cada ato “renova-se” ou “revigora-se” pontualmente, pela prática de atos, a situação de interrupção da prescrição, em relação à pretensão que é o objeto do processo, porquanto o andamento do processo, com a prática de atos processuais, significa, em termos práticos, a manutenção desse estado. Rigorosamente, por cada ato do processo, interrompe-se a prescrição novamente, sempre com a inutilização do período já ocorrido. E só a partir da inércia, quando ao autor couber a prática de ato (e nem o réu praticar qualquer ato), e este não vier a ser praticado, durante prazo superior ao da prescrição, é que ocorrerá a prescrição intercorrente.

O autor/credor deve ser diligente e cumprir o ônus processual permanente que lhe cabe, no sentido de dar andamento ao feito até o seu término. De fato, o exercício do direito de

⁶ “Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juiz incompetente, torna eficaz a litispendência para o réu, faz litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 do Código Civil.

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juiz incompetente, retroagirá à data da proposta da ação.

§ 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de dez dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º.

§ 3º A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.”

ação se efetiva durante todo o tramitar do feito e não somente no momento da provocação do Poder Judiciário.⁷

Mas, se é possível a aplicação da prescrição intercorrente na fase de conhecimento, surge a dúvida: como será ela contada e a partir de quando?⁸

Quanto a isso, reiteramos nosso entendimento anterior, no sentido de que, com base no parágrafo único do art. 202 do Código Civil, pode-se concluir que para a caracterização da ocorrência da prescrição intercorrente são necessários os seguintes requisitos: a) que o autor seja inerte, deixando de praticar atos no processo; b) que a inércia perdure pelo mesmo prazo determinado para a prescrição da ação; c) que também o réu deixe de praticar atos no processo.⁹

⁷ Nesse sentido, ensina Bueno (2011, p. 385-386): “Não há mais espaço para entender o ‘direito de ação’ ou, simplesmente, a ‘ação’ como a mera ruptura da inércia da jurisdição, quando o tema é inserido no seu devido contexto, do ‘modelo constitucional do processo civil’. Muito mais do que isto, é importante entendê-la e associá-la com o próprio agir, ao longo de todo o processo, para obtenção da tutela jurisdicional e de seus efeitos concretos no plano material. O “direito de ação”, nestas condições, deve ser entendido como o direito subjetivo público exercitável contra o Estado-juiz ao longo de todo o processo como forma de garantir àquele que o exerce a prestação da tutela jurisdicional de acordo com um processo ‘devido’, assim entendido o processo em que se assegurem todos os direitos assegurados pelos princípios constitucionais do processo civil. A ‘ação’, destarte, deixa de ser um direito estático e passa a ser compreendida como um direito eminentemente dinâmico. É ela um direito subjetivo público, exercitado e exercitável contra o Estado desde a quebra da inércia jurisdicional até a efetiva prestação da tutela jurisdicional, é dizer com palavras bem diretas, até a satisfação integral daquele que provocou a atuação do Estado-juiz”.

⁸ Vide Enunciado nº 196 do FPPC: “(art. 921, § 4º; enunciado 150 da súmula do STF). O prazo da prescrição intercorrente é o mesmo da ação. (Grupo: Execução)”.

⁹ Vide entendimento perfilhado pelo STJ, em recente acórdão: “Incide a prescrição intercorrente, quando o exequente permanece inerte por prazo superior ao de prescrição do direito material vindicado, conforme interpretação extraída do artigo 202, parágrafo único, do Código Civil de 2002. O contraditório é princípio que deve ser respeitado em todas as manifestações do Poder Judiciário, o qual deve zelar pela sua observância, inclusive nas hipóteses de declaração de ofício da prescrição intercorrente, devendo o credor ser previamente intimado para opor algum fato impeditivo à incidência da prescrição. Conquanto seja imprescindível a intimação da parte, propiciando o exercício efetivo do contraditório quanto a eventuais causas obstativas da prescrição, o prazo prescricional não fica sujeito à prévia intimação” (Edecl no AgRg nos EDecl no RE nº 1.422.606-SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe 23.09.2016).

Assim, exemplificativamente, concluímos pela possibilidade da caracterização da prescrição intercorrente, na fase de conhecimento, nas seguintes hipóteses: a) o autor deixar de atender a determinação judicial para requerer o que de direito, deixando o processo paralisado pelo tempo previsto para prescrição da pretensão; b) decurso do tempo previsto para prescrição da pretensão ou execução nas hipóteses de arquivamento do feito, de ofício ou por requerimento do autor; c) advogado retirar os autos de cartório para tomar providências e mantê-los em seu poder por lapso temporal superior ao tempo designado para prescrição da pretensão; d) suspensão do processo, sem a prática de atos durante tempo designado para prescrição da ação.

Em todos esses casos, não há como se negar a ocorrência de prescrição intercorrente.

Na fase de conhecimento, entendemos que, por uma interpretação sistemática, a prescrição intercorrente pode ser decretada de ofício pelo órgão julgador, por força do disposto no artigo 487, inciso II e parágrafo único do Novo Código de Processo Civil. Não há motivos para diferenciar a prescrição para o exercício da pretensão da prescrição intercorrente, visto que o escopo é o mesmo¹⁰. Ademais, poderá ser decretada de ofício, inclusive, quando favorecer incapaz, tendo em vista a revogação do artigo 194 do Código Civil.

Quanto a isso, também reiteramos nosso entendimento de que para que ocorra a prescrição intercorrente, a inércia do autor, por culpa exclusiva dele, após o arquivamento do feito, deverá ser pelo mesmo prazo estabelecido para a prescrição da ação. Sob esse aspecto, entendemos que se deve utilizar, por analogia, o determinado pela Súmula 150 do STF, que reza: “Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação”.

Dessa forma, conclui-se que o prazo para a caracterização da prescrição intercorrente variará de acordo com o prazo de prescrição estabelecido para o exercício da pretensão.

Outra questão que surge em decorrência da omissão do Novo Código de Processo Civil é a de saber se a prescrição intercorrente incide também com relação ao cumprimento de sentença. A dúvida surge porque consta previsão expressa (art. 924 antes transcrito) somente para a execução por título extrajudicial.

Nesse ponto, por uma interpretação sistemática, entendemos que não há motivos para se estabelecer qualquer diferenci-

¹⁰ Nesse sentido, está o entendimento de Nery e Nery Júnior (2007, p. 474).

ação quanto à incidência da prescrição intercorrente, no âmbito da execução por título extrajudicial ou judicial.¹¹

Da mesma forma, vislumbra-se a ocorrência da prescrição intercorrente na hipótese de o vencedor (seja ele autor ou réu) deixar de promover o cumprimento de sentença, depois do trânsito em julgado da ação.

Ora, o art. 525, § 1º, VII do Novo Código de Processo Civil mantém a mesma previsão do art. 475-L, VI do CPC/73, no sentido de que, na impugnação, o devedor poderá alegar a prescrição, desde que superveniente ao trânsito em julgado da sentença.¹² Ora, essa prescrição só pode ser a intercorrente, como se manifestou Marcato (2011) no texto transrito anteriormente.

Portanto, não há como duvidar que a prescrição intercorrente também se opera no cumprimento de sentença, sendo que, mesmo na sistemática do Novo Código de Processo Civil, podemos acatar a posição de Theodoro Júnior (2011, p. 181), no sentido de que

a prescrição intercorrente, em relação ao cumprimento de sentença, poderá configurar-se, por paralisação do processo, em duas circunstâncias: (i) quando o processo é arquivado por falta de requerimento do credor para expedição de mandado de penhora, em seguida aos 15 dias reservados ao pagamento voluntário da obrigação (CPC, art 475-J, §5); e (ii) quando expedido o mandado executivo, a execução se suspende por falta de bens a penhorar.

No mesmo sentido, Bueno (2011, p. 195) assevera que “o envio dos autos ao arquivo significa, nesse sentido, inércia, falta de atuação, falta de agir, falta do exercício do direito de ação no sentido proposto por este Curso”.

Ambas as hipóteses são previstas na nova sistemática, tanto pelo artigo 525, § 1º, VII como pelo artigo 921, III, §§ 1º e 4º¹³, ambos do Novo Código de Processo Civil. Assim, caso o exequente

¹¹ Nesse sentido, vide Enunciado nº 194 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “(arts. 921, e 771; enunciado 150 da súmula do STF). A prescrição intercorrente pode ser reconhecida no procedimento de cumprimento de sentença. (Grupo: Execução)”.

¹² Vide Enunciado nº 57 do FPPC: “(art. 525, § 1º, VII; art. 535, VI) A prescrição prevista nos arts. 525, §1º, VII e 535, VI, é exclusivamente da pretensão executiva. – (Grupo Execução)”

¹³ Vide Enunciado nº 195 do FPPC: “(art. 921, § 4º; enunciado 314 da súmula do STJ). O prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 921, § 4º, tem início automaticamente um ano após a intimação da decisão de suspensão de que trata o seu § 1º. (Grupo: Execução).”

dê início ao cumprimento de sentença, o prazo da prescrição intercorrente será contado da mesma forma para execução por título extrajudicial, conforme previsto expressamente no novo diploma.

Vejamos, pois, como será contado referido prazo tanto na execução por título extrajudicial como no cumprimento de sentença, após ser iniciado.

Na execução civil, do teor do referido artigo 921 combinado com o 917 do Novo Código de Processo Civil, de início, pode-se afirmar que será exigida a presença dos seguintes requisitos para fixar o início da contagem do prazo para a prescrição intercorrente, a saber: a) devedor não possuir bens penhoráveis; b) ter sido determinada a suspensão do processo e consequente arquivamento do feito, pelo prazo de um ano (prazo durante o qual não será contada a prescrição); e c) inércia do credor, após o decurso do prazo de um ano da decretação da suspensão, caso em que o juiz determinará o arquivamento do feito.

Assim, não sendo localizados bens passíveis de penhora, o órgão julgador deverá determinar a suspensão da execução pelo prazo de um ano. Os autos do processo deverão aguardar em cartório. Após o decurso de referido prazo, o credor deverá requerer a continuidade do processamento da execução para que novas tentativas de localização de bens sejam realizadas. Se a tentativa se revelar frutífera, com a penhora de bens, a execução seguirá seu curso normal. Caso contrário, o juiz novamente deverá suspender o feito, por mais um ano e assim por diante, até que se consiga encontrar bens penhoráveis de titularidade do devedor.

Caso o credor, após o transcurso do prazo de um ano, permaneça inerte, o juiz encaminhará os autos ao arquivo, ocasião em que o prazo para a prescrição intercorrente terá início. Resta saber se automaticamente ou não. Quanto a isso, o Novo Código de Processo Civil é omisso.

Porém, o STJ já decidiu que nas execuções iniciadas após a vigência do Novo Código de Processo Civil é dispensável a intimação do credor após o transcurso de um ano da suspensão da execução (por falta de bens).¹⁴ Todavia, para execuções an-

¹⁴ RESP nº 1.620.919, Relator Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j, 10.11.2016: "RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. AUSÊNCIA DE BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. SUSPENSÃO DO PROCESSO. INÉRCIA DO EXEQUENTE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. ATO PROCESSUAL ANTERIOR AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. NECESSIDADE DE PRÉVIA INTIMAÇÃO DO EXEQUENTE PARA DAR ANDAMENTO AO FEITO PARA INÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL.

teriores, necessária se faz a intimação, em razão do princípio da segurança jurídica, uma vez que a regra é nova e modificou o entendimento a respeito do instituto.

Comentando tal inovação, vejam-se as lições de Cruz e Tucci (2016):

1. A prescrição intercorrente ocorre no curso do processo e em razão da conduta do autor que, ao não prosseguir com o andamento regular ao feito, se queda inerte, deixando de atuar para que a demanda caminhe em direção ao fim colimado.
2. No tocante ao início da contagem desse prazo na execução, vigente o Código de Processo Civil de 1973, ambas as Turmas da Seção de Direito Privado sedimentaram a jurisprudência de que só seria possível o reconhecimento da prescrição intercorrente se, antes, o exequente fosse devidamente intimado para conferir andamento ao feito.
3. O Novo Código de Processo Civil previu regramento específico com relação à prescrição intercorrente, estabelecendo que haverá a suspensão da execução “quando o executado não possuir bens penhoráveis” (art. 921, III), sendo que, passado um ano desta, haverá o início (automático) do prazo prescricional, independentemente de intimação, podendo o magistrado decretar de ofício a prescrição, desde que, antes, ouça as partes envolvidas. A sua ocorrência incorrerá na extinção da execução (art. 924, V).
4. O novo estatuto trouxe, ainda, no “livro complementar” (arts. 1.045-1.072), disposições finais e transitórias a reger questões de direito intertemporal, com o fito de preservar, em determinadas situações, a disciplina normativa já existente, prevendo, com relação à prescrição intercorrente, regra transitória própria: “considerar-se-á como termo inicial do prazo da prescrição prevista no art. 924, inciso V [prescrição intercorrente], inclusive para as execuções em curso, a data de vigência deste Código” (art. 1.056).
5. A modificação de entendimento com relação à prescrição intercorrente acabaria por, além de surpreender a parte, trazer-lhe evidente prejuízo, por transgredir a regra transitória do NCPC e as situações já consolidadas, fragilizando a segurança jurídica, tendo em vista que o exequente, com respaldo na jurisprudência pacífica do STJ, estaria ciente da necessidade de sua intimação pessoal, para fins de início do prazo prescricional.
6. Assim, seja em razão da segurança jurídica, seja pelo fato de o novo estatuto processual estabelecer dispositivo específico regendo a matéria, é que, em interpretação lógico-sistêmática, tem-se que o atual regramento sobre prescrição intercorrente deve incidir apenas para as execuções ajuizadas após a entrada em vigor do CPC/2015 e, nos feitos em curso, a partir da suspensão da execução, com base no art. 921.
7. Na hipótese, como o deferimento da suspensão da execução ocorreu sob a égide do CPC/1973 (ago/1998), há incidência do entendimento jurisprudencial consolidado no sentido de que não tem curso o prazo de prescrição intercorrente enquanto a execução estiver suspensa com base na ausência de bens penhoráveis (art. 791, III), exigindo-se, para o seu início, a intimação do exequente para dar andamento ao feito.
8. Recurso especial provido.”

Essa inovação trazida pelo novo CPC, a meu juízo, confere contornos mais precisos à questão, pois, em nosso sistema jurídico, a prescrição é a regra, a imprescritibilidade é a exceção. Desse modo, os casos de imprescritibilidade devem-se limitar aos expressamente previstos no ordenamento jurídico, não sendo adequado criar outras hipóteses de imprescritibilidade pela via da interpretação, como ocorre ao se afastar a possibilidade de declaração da prescrição intercorrente na execução.

É preciso pontuar que, após o início da contagem do prazo para a ocorrência da prescrição intercorrente, caberá ao autor/credor tomar atitude concreta e efetiva no sentido de evitar que ela ocorra. Assim, não bastará simplesmente requerer o desarquivamento, sem nada mais pleitear ou providenciar. É preciso que o autor concretamente dê andamento ao feito ou que o credor providencie que novas tentativas de localização de bens do executado sejam efetivadas. Se o exequente não agita nenhum ato específico que, ao menos em tese, possa revelar que deu andamento útil ao processo, o prazo para a prescrição intercorrente continuará correndo.¹⁵ Portanto, mero pedido de desarquivamento, sem motivação ou justificativa, sem mais nada requerer a título de providência prática e efetiva deverá ser tomado como o mesmo que atitude nenhuma e jamais poderá ter o condão de, por si só, evitar a prescrição intercorrente¹⁶.

Nesse sentido é o entendimento de Minatti (2016, p. 126):

é preciso frisar que o simples desarquivamento dos autos ou pedidos genéricos de localização de bens não

¹⁵ Nesse sentido, vide o Enunciado nº 548 do FPPC: “(art. 921, § 3º) O simples desarquivamento dos autos é insuficiente para interromper a prescrição. (Grupo: Execução)”.

¹⁶ Nesse sentido está o entendimento de nossos tribunais, como se verifica nas seguintes ementas: “Apelação. Processo Civil. Cumprimento de sentença. Inconformismo com a sentença que decretou a prescrição intercorrente, julgando extinta a execução. Processo paralisado desde 16/12/2002 tendo em vista a inércia da Autora. Pedido de desarquivamento, em 31/10/2007, não é causa para interrupção da prescrição de acordo com artigo 202 do CC, cujo rol é taxativo. Intimação da Autora em 30/06/2008 para dar andamento ao feito. Inadmissível a alegação de necessidade de intimação pessoal, para a partir da efetivação desta começar o lapso prescricional. Há muito o processo de execução deixou de ter a natureza jurídica de ação autônoma, para se transformar em mera fase processual, o que não mais justifica a intimação pessoal do credor para promover o andamento do feito. Manutenção da sentença. Recurso a que se nega seguimento” (200900155174 RJ 2009.001.55174, Relator: DES. CARLOS EDUARDO MOREIRA SILVA, Data de Julgamento: 28/09/2009, NONA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 29/10/2009).

serve para afastar o estado de inércia e suspender a fluência do prazo prescricional. É da vontade da lei que o exequente não fique inerte e, por isso, só se suspenderá o prazo prescricional quando da adoção de medidas concretas de localização e expropriação de bens.

O Novo Código de Processo Civil também no tocante à execução por título extrajudicial é omissa quanto ao prazo para caracterização da prescrição intercorrente. Da mesma forma antes asseverada quanto à fase de conhecimento, pensamos que deve ser aplicada a Súmula 150 do STF, que reza: “Prescreve a execução no mesmo prazo da prescrição da ação”, ou seja, o prazo será o mesmo estabelecido para a propositura da execução.

Outra questão que surge é saber se a prescrição intercorrente correrá contra incapazes que no processo estejam devidamente representados. A resposta deve ser afirmativa, uma vez que, como já se disse anteriormente, o escopo é o mesmo, não havendo razão para não se aplicar aqui o disposto no art. 198, I do Código Civil.

Por fim, é importante ressaltar que tanto na fase de conhecimento como no cumprimento de sentença e mesmo no processo de execução por título extrajudicial, antes de decretar a prescrição intercorrente de ofício, o órgão julgador deverá intimar as partes para manifestação por força do disposto no artigo 10 do Novo Código de Processo Civil, que reza: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Nesse sentido, Didier Júnior (2011, p. 156), tratando do sistema revogado, mas cujo ensinamento cabe, também, na sistemática novel processual, principalmente pelo teor do seu artigo 10, antes transscrito, expõe:

Não pode o magistrado decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre ela sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o dever de consultar, próprio de um processo cooperativo. Trata-se de manifestação da garantia do contraditório, que assegura aos litigantes o poder de tentar influenciar na solução da controvérsia.

Inicialmente, na versão do Senado do projeto, havia um parágrafo único no art. 924 que determinava que, na hipótese de prescrição intercorrente, deveria o juiz, antes de extinguir a execução, ouvir as partes no prazo comum de cinco dias. O parágrafo único foi suprimido, o que poderia levar a erro os mais afoitos, que poderiam entender que o juiz não deveria ouvir as partes antes de decretar a prescrição intercorrente. Ocorre que a razão da supressão se deu apenas porque o § 5º do art. 921 já contém essa previsão.

Assim, o magistrado deve zelar pela manutenção do processo cooperativo, além de cuidar para que se cumpra um método de trabalho que siga o modelo constitucional do processo civil, mandando, sempre, intimar as partes antes de decretar a prescrição intercorrente.

Conclusão

Em decorrência do entendimento de que a prescrição é instituto necessário e indispensável para manter a segurança jurídica, a paz social, evitar a perpetuação da incerteza jurídica, resguardando o interesse de ordem pública referente à existência e eficácia de direitos e impedir que a ação possa ser proposta a qualquer momento, muitas vezes depois de longos anos, não se pode deixar de aplaudir a iniciativa do Novo Código de Processo Civil de inserir previsão expressa quanto à incidência da prescrição intercorrente também no âmbito do processo civil. No entanto, o Novo Código de Processo Civil peca pela omissão quanto à aplicabilidade do instituto na fase de conhecimento e no cumprimento de sentença, falhas imperdoáveis.

Da mesma forma, peca pela falta de previsão expressa do que caracterizaria a inércia da parte, a ponto de acarretar a prescrição intercorrente. Não se pode admitir que simples desarquivamento do feito, sem nada justificar ou requerer, possa impedir a ocorrência da prescrição intercorrente.

No Novo Código de Processo Civil nada é alterado quanto à possibilidade de decretação de ofício da prescrição, inclusive no tocante à fase de conhecimento ou no cumprimento de sentença.

Quanto ao prazo, no nosso entendimento, será aquele determinado para prescrição da ação ou da execução. O *start* desse prazo será aquele constante do parágrafo único do art. 202 do Código Civil, que reza: “A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”. Para esse efeito, deve-se enten-

der como último ato, em caso de paralisação, aquele derradeiro ato praticado num processo antes da paralisação, como, por exemplo, a sentença final.

Referências

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, nº 300, p. 7-37, 2008.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. **Manual de Direito Processual Civil**. 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. vol. 2.
- ASSIS, Araken de. Fluência e interrupção do prazo de prescrição da pretensão a executar. In: CIANCI, Mirna. (Coord.) **Prescrição no Código Civil, uma análise interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- AURELLI, Arlete Inês. **A prescrição intercorrente no processo civil**. In: REPRO 165/327.
- AURELLI, Arlete Inês. Uma revisita ao tema da prescrição intercorrente no processo civil, com ênfase no código projetado. In: ARRUDA ALVIM et al. (Coord.). **Execução Civil e Temas Afins, Estudos em homenagem à Araken de Assis**. São Paulo: RT, 2014. p. 40-50.
- BUENO, Cássio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil. **São Paulo: Saraiva, 2011. vol. 1**.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A prescrição intercorrente no novo CPC e na atual jurisprudência do STJ**. 4 out. 2016. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-04/paradoxo-corte-prescricao-intercorrente-cpc-atual-jurisprudencia-stj>>. Acesso em: 5 mar. 2017.
- DIAS, Ronaldo Brétas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Aspectos processuais da prescrição: conhecimento ex officio e alegação em qualquer fase do procedimento. In: CIANCI, Mirna. (Coord.). **Prescrição no Código Civil, uma análise interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016. Volume V – Execução.
- MARCATO, Antonio Carlos. Interrupção da prescrição: o inciso I do art. 202 do Código Civil. In: CIANCI, Mirna. (Coord.). **Prescrição no Código Civil, uma análise interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MINATTI, Alexandre Del Rios. **Contribuição ao estudo da tutela jurisdicional do Estado**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

NERY, Rosa; Nery Júnior, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A prescrição intercorrente e a paralisação da execução forçada**. In: CIANCI, Mirna. (Coord.). **Prescrição no Código Civil, uma análise interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALD, Arnoldo; ARMELIN, Donaldo. Prescrição e arbitragem. In: CIANCI, Mirna. (Coord.). **Prescrição no Código Civil, uma análise interdisciplinar**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Os aspectos gerais do agravo interno no Novo Código de Processo Civil

Vinicius Silva Lemos

Advogado em Rondônia

Doutorando em Direito Processual pela UNICAP/PE

Mestre em Sociologia e Direito pela UFF/RJ

Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO

Professor de Processo Civil da FARO e da UNIRON

Coordenador da Pós-Graduação em Processo

Civil da Uninter/FAP

Vice-Presidente do Instituto de Direito

Processual de Rondônia – IDPR

Membro da Associação Norte-Nordeste de

Professores de Processo – ANNEP

Membro do Centro de Estudos Avançados

em Processo – CEAPRO

Membro da Academia Brasileira de Direito

Processual Civil – ABDPC

Membro da Associação Brasileira de Direito

Processual – ABDPRO

RESUMO

Este artigo analisa a previsão legal da prolação da decisão monocrática pelo relator, com base no art. 932 e a sua devida recorribilidade via agravo interno, recurso que o novo ordenamento processual primou pela melhoria de sua previsão, bem como pela inserção de diversas novidades procedimentais. Um estudo sobre essas novidades e os aspectos gerais do agravo interno.

Palavras-chave: Decisão monocrática. Agravo interno. Fundamentação. Novidades procedimentais.

ABSTRACT

This article examines the legal provisions of the delivery of the unilateral decision by the relator, based on art. 932 and its proper appealable track internal resource, a feature that the new planning procedure excelled by improving their forecasting, as well as by the insertion of various procedural innovations. A study on these news and general aspects of the internal resource.

Keywords: Unilateral Decision. Internal Resource. Reasoning. Procedural news.

Introdução

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

Neste artigo, tratamos do agravo interno e sua relação com a decisão monocrática, desde as alterações trazidas pelo novo ordenamento nos poderes-deveres do relator, com novas atribuições e requisitos para a prolação dessa espécie decisória e a visão de como esses pontos influenciam essa espécie recursal.

De um recurso inserido aos poucos no cotidiano forense mediante as constantes alterações legais no código revogado para um recurso com um tópico legal próprio e um conjunto de regras específicas, justamente para melhorar a visualização de cabimento, da própria dialeticidade da interposição recursal e, consequentemente, em uma melhor tramitação perante os tribunais.

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

1 A decisão monocrática no Novo CPC

A nova codificação processual trouxe diversas modificações nas decisões judiciais, tanto em primeiro grau quanto na fase recursal, adequando-as a uma nova realidade. As modificações ocorrem na conceituação de sentença, decisão interlocutória, acórdão e até sobre a decisão monocrática, a qual conceituamos como aquela proferida em um tribunal pelo relator, singularmente, nos limites hipotéticos dispostos no art. 932.

Esse citado artigo delimita os poderes decisórios do relator, uma vez que este detém a função de coordenar o processo para o julgamento colegiado, primando pela sua tramitação processual, com análises que realizará unipessoalmente, as quais poderão culminar na remessa para a decisão colegiada, proferindo o seu voto e organizando o relatório, bem como, mediante o preconizado no referido artigo, decidir unipessoalmente.

Zaneti Jr. (2016) classifica esses poderes do relator como um dever-poder, muito maior do que uma mera função do relator,

pelo fato de que ele deve, ao analisar a situação, permear pelo enquadramento daquela situação nas hipóteses em que a lei determina, não sendo uma faculdade para tal desiderato, mas um dever.

O correto, portanto, é adequar os poderes do relator à terminologia do “modelo constitucional da justiça brasileira”, não são meros poderes, mas direitos-função, logo, deveres-poderes (ZANETI JR., 2014a, cap. 3). Portanto, presentes os requisitos de incidência, não há discricionariedade na decisão do relator, deve ele aplicar as normas deste artigo.

Desse modo, houve duas mudanças pertinentes para o relator, uma organização administrativa sobre a tramitação procedural e a readequação das hipóteses dos julgamentos dos recursos, perfazendo uma nova realidade processual para o relator. Na antiga codificação, somente havia a regulamentação do julgamento de maneira singular pelo relator sobre o próprio recurso, sem preocupar-se com a complexidade de atos procedimentais e até decisórios que ele pode/deve tomar na condução processual.

O art. 923 regulamentou, então, deveres-poderes muito maiores do que o do próprio julgamento da admissibilidade e do mérito recursal ou da lide – no caso de competência originária – mas também se debruçou sobre as hipóteses de respostas a atos meramente interlocutórios, como concessão de tutela provisória, decisão sobre provas, homologação de autocomposição, desconsideração da personalidade jurídica, entre outras, demonstrando que o

relator tem os mesmos deveres impostos ao juiz no CPC 139, no sentido de ordenar o processo e velar pela observância das prerrogativas, direitos e deveres expostos naquele dispositivo (NERY JR.; NERY, 2016, p. 1977).

O CPC/2015, acertadamente, passou a prever todas essas hipóteses procedimentais singulares do relator, adequando-as à realidade processual, uma vez que essas situações não passaram a existir pela disposição do novo ordenamento; porém, preocupou-se em estipular positivamente que o relator tem o poder de realizar tais atos decisórios de organização e condução processual, retirando diversas dúvidas procedimentais, com uma pormenorização das hipóteses, delineando um grande número de hipóteses em que ele poderá atuar singularmente.

A função precípua do relator, quando distribuído um recurso ou uma demanda originária, atribuindo-lhe a competência

para julgamento, é a análise e preparação para em 30 dias deixá-lo apto para julgamento, preparando o seu respectivo voto, disponibilizando o relatório ao presidente do colegiado e com o pedido de inclusão deste na pauta em sessão para o devido julgamento. Esse é o trâmite que se espera, normalmente, de um recurso ou uma demanda nos tribunais, com a função de preparação do relator para apresentação daquela demanda à apreciação do colegiado. No entanto, como já vimos, o relator pode, em determinadas situações, decidir monocraticamente, se conseguir enquadrar em uma das hipóteses do art. 932 e seus incisos, seja nas funções e hipóteses interlocutórias ou, ainda, a decisão do próprio recurso ou da demanda.

Se os incisos I, II e VI a VIII do art. 932 preconizam situações em que o relator conduzirá o processo em sua tramitação, com a prolação de decisões interlocutórias unipessoais para tanto, nos outros incisos do mesmo artigo – III a V – as hipóteses se relacionam com o julgamento de admissibilidade ou mérito do recurso, ou seja, com a decisão do relator importando em um preterimento autorizado legalmente ao julgamento colegiado. Nas primeiras hipóteses, o relator tem o dever-poder procedural, ainda que decisório; nas outras, esse dever-poder se altera para o julgamento do próprio recurso/demandada, em sentido parecido com o que o antigo ordenamento dispunha.

Todavia, importante diferenciar as novas disposições, uma vez que mesmo culminando na autorização decisória do recurso, assim como existente no revogado art. 557, a nova norma reformulou as hipóteses de julgamento, com a delimitação mais adequada das situações de correlação e enquadramento em precedentes. Se no CPC/73 as possibilidades autorizantes para a decisão negativa do recurso estavam na existência da argumentação deste com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de Tribunal Superior e, em resultado contrário, para provimento recursal, na hipótese em que a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante de Tribunal Superior, no novo ordenamento foi retirada qualquer menção a jurisprudência, com a vinculação somente aos precedentes vinculantes, tanto para conceder quanto para negar provimento nos casos em que houver paradigma de súmula do STJ, STF ou do próprio tribunal, acórdão proferido pelo STF ou STF em julgamento de recursos repetitivos e entendimento firmado em IRDR ou IAC.

A substituição do conceito de “jurisprudência dominante” pela tipologia das decisões obrigatórias previstas no art. 927, em especial à súmula, art. 927, II e IV, é

muito importante. O único risco seria que as súmulas fossem aplicadas fora da teoria dos precedentes, mas o Código previu esta necessidade expressamente, pela obrigatoriedade de referência às circunstâncias fáticas na formação dos enunciados das súmulas (art. 927, § 2.º), e, pela obrigatoriedade de citar os fundamentos determinantes quando aplicar o precedente judicial ou súmula que lhe serve de extrato, demonstrando que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos (art. 489, § 1.º, V). Portanto, a noção de *ratio decidendi* irá aderir aos enunciados das súmulas do STF, do STJ e do próprio tribunal e atrair a incidência destes dispositivos sobre precedentes judiciais e da teoria dos precedentes judiciais. Trata-se de grande evolução, tanto no controle do conteúdo dos enunciados das súmulas, quanto no, da assim chamada, jurisprudência dominante, vocábulo banido, em boa hora, do dispositivo que trata dos deveres-poderes do relator. Jurisprudência dominante hoje corresponde aos precedentes vinculantes e, em especial, às súmulas dos tribunais (art. 927, § 1.º). (ZANETI JR., 2016)

A alteração nas possibilidades de o relator realizar a decisão unipessoal para o julgamento da admissibilidade ou mérito é enorme, com a retirada de qualquer relação com jurisprudência dominante, concedendo ênfase a precedentes e súmulas, imbuindo-o de uma necessária nova visão da própria existência conceitual e procedural dessa espécie de decisão. Se havia uma prática constante de decidir-se com base na jurisprudência do STJ, daquele tribunal ou, por vezes, daquele próprio colegiado, agora não há mais tal possibilidade, não há mais espaço para decisões monocráticas com base meramente em jurisprudência dominante.

Essa novidade incute aos relatores a necessidade de adequação às suas novas funções decisórias, com uma certa limitação decisória singular, uma vez que o termo jurisprudência dominante era bem mais amplo do que as hipóteses agora determinadas como súmulas e precedentes determinados no art. 927. Se o relator continuar, por equívoco ou comodismo, a decidir da mesma maneira que podia no ordenamento anterior, baseando-se em jurisprudência, o enquadramento decisório será incorreto, justamente pelo fato de não haver previsão legal para tanto.

Os julgadores devem, para tanto, utilizar cada vez mais o dever de uniformização, justamente para possibilitar futuramente a autorização da prolação de decisão monocrática. Esta está mais interligada a precedente vinculante do que no ordenamento passado, sem possibilitar que jurisprudência persuasiva seja autorizador de decisão monocrática, o que enseja a necessidade

de uma alteração enorme no *modus operandi* dos tribunais, tanto os de revisão quanto os excepcionais, para a adaptação à nova realidade autorizante das decisões monocráticas. O poder-dever do relator ao decidir monocraticamente quando enquadrado em precedente demonstra que o novo ordenamento ao instituir essa gama de possibilidade está “prestigiando a autoridade do precedente (arts. 926 e 927, CPC/2015) e patrocinando sensível economia processual, promovendo por essa via um processo com duração razoável” (MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 220)

1.1 As espécies de decisões monocráticas

Com o advento do artigo 932, as decisões monocráticas terão maior especificação legal, tornando mais clara a sua utilização e suas possibilidades, para tanto, teremos mais formas de decisões monocráticas correspondentes a cada situação imposta ao relator. Essas decisões realizadas somente pelo relator do recurso impedem o julgamento deste pelo órgão colegiado, e devem ser fundamentadas, na própria decisão, as razões que embasam o julgamento monocrático, enquadrando nos limites dos precedentes judiciais. Há diferentes espécies de decisões monocráticas proferidas pelo relator:

- *Decisão monocrática incidental/prejudicial* – nesta possibilidade, a decisão versa sobre matérias incidentais, não previstas no andar processual normal de um recurso, mas, com as situações peculiares impostas ao relator, deverá decidir monocraticamente, como na possibilidade de decisão sobre produção de prova no tribunal (inciso I), apreciar os pedidos de tutela provisória (inciso II), decidir incidente de desconsideração de personalidade jurídica (inciso VII). Marinoni e Mitidiero (2016, p. 221) mencionam essas decisões como poderes do relator para direção do processo, uma vez que “tem poderes para determinar provas, homologar autocomposição, determinar a intimação do Ministério Público e exercer outras atribuições que o Código refere e que eventualmente constem do regimento interno do respectivo tribunal”;

- *Decisão monocrática homologatória* – aqui se abriu a possibilidade do relator de homologar os acordos impostos em grau de recursal, não sendo necessária a remessa ao juiz a quo para a homologação, somente para o cumprimento do acordo em si, fato que não acontecia na codificação anterior. Apesar de Marinoni e Mitidiero (2016, p. 221) inserirem como incidental, como visto acima, preferimos entender como uma decisão diversa, apesar de também diretiva da de-

manda, mas há um cunho de homologar um acordo, o qual encerra a demanda na fase recursal ou da própria competência originária, se for o caso;

• *Decisão monocrática terminativa* – o inciso III do artigo 932 versa sobre não conhecimento do recurso, a negativa da admissibilidade recursal, seja pela falta de requisito intrínseco ou extrínseco, prejudicado ou sem dialeticidade, gerando uma decisão que não enfrenta o recurso em si, mas o relator irá negá-lo em seu aspecto formal de recorribilidade. No entanto, antes de proferir a decisão monocrática pela inadmissibilidade, se o equívoco for passível de correção, deve, mediante o mesmo art. 932, agora no parágrafo único, conceder o prazo de cinco dias para fazê-lo. É uma regra, como Jorge e Siqueira (2016, p. 623) preconizam, de modo que a “parte tem direito à correção de um determinado vício contido em seu recurso, sem qualquer ônus além da fazê-lo no prazo de cinco dias”. Bueno (2015, p. 750) denomina essa possibilidade de correção como “dever-poder geral de saneamento”;

• *Decisão monocrática definitiva/resolutiva* – o relator aprecia o mérito recursal, ultrapassando os requisitos de admissibilidade para negar (inciso IV) ou conceder provimento (inciso V) ao recurso, com base em precedentes judiciais e entendimentos de tribunais superiores ou do próprio tribunal. Todas essas espécies de decisões monocráticas têm como cabimento recursal o agravo interno, por enquadrar-se na hipótese delimitada pelo art. 1.021, independentemente do conteúdo da decisão, necessitando, claro, de interesse recursal. Mesmo na decisão monocrática de homologação, a princípio com possível falta de interesse pelas partes, caso a homologação não verse sobre o acordado, cabe agravo interno para discussão sobre os moldes ou limites da homologação.

O CPC/2015, no tocante à possibilidade de decisão monocrática, primou por uma melhor organização de diversas espécies de decisões, diferentemente do ordenamento anterior, quando somente se especificava sobre o julgamento do recurso, seja para provimento ou improviso, com a visualização de diversas situações em que o relator já era instado a se manifestar via decisão, ainda que interlocutórias e meramente organizacionais, porém que não haviam previsão legal para tanto.

Agora, mediante a amplitude do art. 932 e seus incisos, os poderes do relator estão mais bem delineados, ainda que, na parte do provimento ou improviso recursal, as hipóteses tenham sido diminuídas para não alcançar jurisprudências dominantes, atrelando essa espécie de decisão monocrática à existência de precedente vinculante ou súmulas pertinentes.

2 O recurso impugnativo à decisão monocrática: agravo interno

Uma vez interposto o recurso, a demanda em competência originária ou qualquer pedido, a competência primordial, em um tribunal, é a análise colegiada. No entanto, como vimos, o art. 932 delimita os deveres-poderes para a prolação de uma decisão monocrática, sem a remessa para o julgamento colegiado. Naturalmente, por mais que haja a possibilidade dessa decisão unipessoal pelo relator, no intento de retirar a jurisdição do colegiado, numa tentativa de conceder celeridade processual, esse ato decisório é passível de impugnabilidade, no caso, via agravo interno.

Desse modo, entende-se por agravo interno o remédio voluntário para impugnar decisão monocrática proferida pelo relator, em qualquer tribunal, com a finalidade de levar a matéria da referida decisão ao conhecimento do órgão colegiado competente.

Chama-se agravo interno ao recurso cabível contra decisão monocrática proferida no tribunal pelo relator (art. 1.021) ou pelo Presidente (que, em alguns casos, é chamado a proferir decisões monocráticas, como se dá no caso do pedido de suspensão de segurança previsto no art. 15 da Lei nº 12.016/2009). É recurso cabível no prazo de quinze dias (art. 1.003, § 5º), mesmo naqueles casos em que houvesse disposição legal ou regimental estabelecendo prazo distinto, já que o art. 1.070 estabelece que “[é] de 15 (quinze) dias o prazo para a interposição de qualquer agravo, previsto em lei ou em regimento interno de tribunal, contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal” (CÂMARA, 2016).

A regulamentação expressa no novo ordenamento processual está no capítulo IV do título II, no art. 1021, positivando-se, de maneira clara e organizada, o recurso do agravo interno, que na codificação anterior não tinha uma expressão maior, ficando espalhado em artigos esparsos na lei, bem como o próprio nome – interno – não existia propriamente dito, uma vez que somente se dizia sobre o cabimento de agravo, sem a menção de espécie.

Agora, no CPC/2015, com organização própria, o agravo interno contém um detalhamento maior, com a delinearção de todos os seus pontos, procedimentos, fundamentação e contraditório, o que melhora significativamente a utilização do recurso, uma vez que norma anterior deixava para os regimentos e a pró-

pria prática forense, seja para as partes ou para os julgadores, gerando sempre dúvida sobre a tramitação.

Diante desse prisma inovador, sempre que o relator decidir de maneira monocrática, cabe, para a parte prejudicada, a interposição do agrado interno para o respectivo órgão colegiado, com o intuito de garantir sempre a possibilidade da análise recursal, agora de forma colegiada. A própria nomenclatura de agrado “interno” refere-se ao recurso não realizar uma mudança de instâncias, tendo como serventia e finalidade a transferência da competência monocrática do relator ao seu órgão colegiado vinculado, ainda dentro do colegiado, aquele que já detém a competência para o julgamento do recurso; contudo, pela própria existência de uma decisão monocrática, não o faria. Dessa forma, o nome interno é correto na sua utilização, por ser interno do próprio órgão que o recurso seria julgado, caso normalmente fosse, tornando a positivação da nomenclatura, como pertinente no art. 1.021, como igualmente correta.

2.1 Fim da divergência entre agrado interno e regimental

Na vigência da antiga codificação, havia uma falta de regulamentação específica sobre o agrado interno, ocasionando, muitas vezes, a confusão entre este e o agrado regimental, pelo fato de que ambos atacavam decisões parecidas e com finalidades idênticas, por simplesmente terem, ambos, a finalidade de levar a matéria atacada ao conhecimento do órgão colegiado competente. A diferença, sutil, era somente na especificação legal, quando o Código determinava que cabia agrado em um tribunal, este era denominado, mediante essa determinação, como agrado interno. Por outro lado, na omissão legal sobre qualquer decisão, enquadrava-se no agrado regimental, aquele que também impugnava decisão monocrática proferida pelo relator; contudo, não detinha previsão legal, com a sua regulamentação via regimento interno de cada tribunal.

Por serem parecidos, havia confusão entre tais espécies. No CPC/73, em sua redação original, não continha a técnica da decisão monocrática como forma de julgamento recursal e, consequentemente, inexistia a necessidade de agrado interno como sua maneira de impugnação. Se o julgamento era somente via colegiado, não havia motivos de um recurso para levar o julgamento para esse órgão.

No entanto, com a evolução temporal e a instituição de novas leis alterando o formato decisório nos tribunais, possibilitando o julgamento monocrático – via art. 557 do CPC/73 – e

delimitando as suas formalidades, consequentemente, surgiu a necessidade da existência de um recurso impugnativo a essa decisão, com hipóteses de cabimento bem definidas. Essas especificações legais para o cabimento culminaram em possibilidades taxativas de interposição do agravo interno no ordenamento revogado, de maneira totalmente restritiva e, com isso, caso a hipótese da decisão monocrática estivesse na lei, o cabimento era do agravo interno; por outro lado, o agravo regimental tinha características expansivas, abarcando todas as hipóteses decisórias em que a lei não especificava como passível de agravo interno, somente enquadrando-se na existência de uma decisão monocrática do relator, tornando passível a interposição do agravo nos moldes do regimento de cada tribunal.

Todavia, tanto o intuito, a finalidade, forma de interposição e argumentação impugnativa dos recursos eram idênticos, somente havendo uma ausência legislativa para definitivamente os unir, o que o CPC/2015 o fez no art. 1021. Cunha e Didier Jr. (2016, p. 287-288) corroboram a melhoria da positivação do agravo interno e o fim da divergência com o regimental, além de elencarem outros pontos:

O CPC-2015 avança muito no ponto: a) unifica o regramento do tema, antes espalhado por toda a legislação; b) confere ao agravo interno uma dignidade normativa até então inexistente: o agravo interno era estudado juntamente com o agravo de instrumento, como se fossem espécies de um mesmo gênero, embora a semelhança entre eles se restringisse ao prenome; c) encerra as polêmicas sobre o cabimento de agravo interno contra essa ou aquela decisão de relator: ressalvada expressa regra especial, cabe agravo interno contra qualquer decisão de relator ou Presidente ou Vice-Presidente do tribunal; assim, caberá agravo interno contra decisão do relator em qualquer causa que tramite no tribunal, seja um recurso, uma remessa necessária ou uma causa de competência originária (art. 937, §30, CPC, para o último caso).

Não persistem, então, mediante a positivação do agravo interno para todas as espécies de decisões do relator, dúvidas sobre a interposição recursal, optando-se pela regra, agora, de que todas as decisões monocráticas proferidas pelo relator serão passíveis de agravo interno.

2.2 Mérito do agravo interno

O agravo interno tem por característica ser um recurso dependente de um pedido anterior, ou seja, há, necessariamente, uma decisão monocrática sobre um recurso anteriormente interposto ou um pedido em ação de competência originária. Não há nenhuma autonomia de existência do agravo interno, o qual tem o intuito de forçar a apreciação do recurso/pedido anterior pelo colegiado, fato que o relator não permitiu ao decidir monocraticamente.

O mérito desse recurso está interligado a dois pontos materiais: o recurso ou pedido anteriormente realizado e a decisão monocrática que julgou este. E, sobre esses dois pontos, há uma total interligação material, uma vez que a decisão julgou exatamente o pedido anterior, o que leva, por força do art. 1.021, § 1º, ao agravante fundamentar seu recurso especificadamente sobre a matéria da decisão monocrática, sem, de maneira alguma, poder repetir o recurso/pedido anteriormente realizado. Não se pode, nesse recurso, discorrer sobre os mesmos fundamentos do recurso/pedido principal anterior, que ensejou a própria decisão agravada.

O CPC/2015 teve o intuito de delimitar, de maneira clara, como fundamento do recurso do agravo interno, a impugnação específica sobre cada ponto da decisão monocrática, ora agravada. A argumentação recursal deve recair sobre cada ponto material da decisão monocrática, principalmente aqueles autorizantes da própria prolação do ato decisório; deve confrontar se o relator enquadrou ou não a decisão numa das hipóteses constantes nos incisos do art. 932.

Desse modo, o que se impugna é a utilização do mecanismo da decisão monocrática pelo relator, posicionando-se com o argumento da impossibilidade da decisão monocrática e a sua utilização inadequada, por não guardar correspondência com as possibilidades existentes no art. 932. Se o recorrente insistir em discutir somente o mesmo mérito do recurso anterior, sem a devida impugnação da decisão e seu próprio conteúdo, com a indicação dos equívocos dessa decisão, certamente encontrará um não conhecimento do recurso. O agravo interno existe para levar o recurso/pedido anterior para o julgamento colegiado, não para repeti-lo, culminando na necessidade de especificação de que há equívocos na própria decisão proferida pelo relator, seja pela impossibilidade de fazê-lo, processualmente, ou, excepcionalmente, em um julgamento meritório inadequado.

2.2.1 A impugnação da decisão monocrática interlocutória ou homologatória

Há uma evidente ampliação da aplicabilidade do agravo interno, ao abranger todas as possibilidades e hipóteses das decisões monocráticas como impugnáveis por esse recurso. Assim, na codificação anterior, o agravo somente rebatia utilização das decisões sobre inadmissibilidade, negativa ou provimento do recurso, com base em precedentes e jurisprudência dominante; agora, há a delimitação de diversas possibilidades de decisões monocráticas, as quais intitulamos como interlocutórias ou homologatórias.

O próprio art. 932 elenca esse rol de possibilidades, como a tutela provisória requerida ao relator, no próprio recurso ou ação de competência originária ou em petição avulsa, ensejando uma decisão monocrática de deferimento, indeferimento ou deferimento parcial, as quais cabem, em qualquer delas, o cabimento do agravo interno. Tomando essa hipótese como base, mas, utilizando para explicação geral, o agravo interno devolverá a matéria do pedido da eventual tutela provisória para o colegiado; contudo, não pode simplesmente desenvolver o mesmo argumento: deve, também, impugnar a fundamentação realizada pelo relator quando da prolação da própria decisão agravada, o que, sem tal desiderato, pode gerar uma inadmissibilidade por falta de dialeticidade do próprio agravo interno.

De certa maneira, essa função do agravo interno muito se parece com a do próprio agravo de instrumento, uma vez que impugna decisão interlocutória, somente com a mudança de que esta, por ser prolatada pelo relator, é impugnável via um recurso interno ao próprio tribunal. Todavia, nesse mérito do agravo interno, especificadamente, o intuito é reanalisar a questão indeferida pelo relator, porém sem representar o julgamento do recurso ou da demanda originária. Em termos meritórios, nessa hipótese, há confluência entre o agravo interno e o instrumental.

Em qualquer outra das possibilidades da decisão monocrática interlocutória ou homologatória, quando houver qualquer equívoco, a parte prejudicada pode interpor o agravo interno.

2.2.2 O equívoco do relator ao aplicar precedente

A relação do agravo interno com os precedentes passa pela autorização existente nos incisos IV e V do art. 932 para

que o relator julgue o recurso com base no enquadramento daquela situação fático-jurídica recursal em uma matéria anteriormente já julgada em determinados precedentes, como súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

A impugnação argumentativa do agravo interno quando a decisão monocrática basear-se em existência de precedente – seja para dar ou negar provimento ao recurso – deve ser que esta se fundamente em critérios autorizantes equivocados, seja pelo fato de que não existe precedente para aquela situação, o que ensejaria a indicação de que jurisprudência dominante ou persuasiva não serve para tal desiderato, com a necessária análise pelo colegiado da existência deste alegado equívoco ou, a mais comum, a argumentação da distinção – *distinguishing* – daquele precedente utilizado, com a demonstração de que o relator não realizou de maneira correta a correspondência fático-jurídica entre o precedente sobre o qual baseou a decisão monocrática e o recurso julgado.

Na primeira possibilidade, o equívoco do relator passou pela utilização incorreta do próprio instituto da decisão monocrática, enquadrando de maneira equivocada aquela situação em jurisprudência que não o autoriza a fazê-lo, ou seja, que não detém autoridade para ser a base de uma decisão monocrática. Já na segunda hipótese, o relator utilizou um precedente que está no rol autorizante do art. 932, contudo não houve o devido enquadramento de situações, aquela julgada e a paradigma formadora do precedente, perfazendo um evidente equívoco entre as matérias, uma vez que a decisão paradigmática para autorizar e fundamentar uma decisão monocrática deve guardar semelhança entre os casos – aquele precedente e aquele julgado. Qualquer diferença entre as situações fático-jurídicas importa em impossibilidade de utilização e, se indevidamente utilizada, na necessidade de impugnação, via agravo interno.

De qualquer modo, para que se autorize a decisão monocrática, tolhendo ao recurso e às partes o direito ao julgamento colegiado, o enquadramento deve ser correto, seja na espécie de precedente utilizado, bem como a correlação devida entre as demandas. Se o relator utilizar de maneira equivocada a decisão monocrática e o precedente, como mero óbice para negativa do recurso, há uma inadequação nessa prática, tornan-

do-a lesiva para o próprio sistema recursal, causando mais demora na prestação jurisdicional.

3 As inovações na tramitação do agravo interno

Como já vimos, o agravo interno não detinha no ordenamento anterior uma delimitação pormenorizada de suas hipóteses de cabimento, tampouco de sua tramitação, o que, no novo ordenamento, passou a ser diferente, com um capítulo específico, possibilidades, pertinências e tramitações.

De um recurso relegado a mera menção de cabimento em determinadas e poucas hipóteses expressas, para um que detém maior amplitude e novidades no seu processamento, com alto impacto no seu próprio julgamento.

3.1 Da positivação do contraditório no agravo interno

Uma das novidades está na positivação da necessidade de um contraditório sobre o agravo interno. Após a interposição do agravo interno, o relator deve oportunizar ao agravo a apresentação de suas contrarrazões, como preconizado pelo art. 1.021, § 2º. Para tal ato, o agravado será intimado para apresentar suas manifestações no mesmo prazo do recurso, de 15 dias. Na codificação anterior não havia estipulação de contraditório, somente a interposição do recurso perante o relator para a retratação ou a remessa ao colegiado, o que já acontecia de forma quase automática, sendo incluso na pauta de forma rápida, seja pelo prazo que era menor, de cinco dias, bem como pela ausência das contrarrazões.

Dessa forma, segundo o texto do NCPC, depois de interposto o agravo interno, o agravado deverá ser intimado para se manifestar no mesmo prazo de interposição (quinze dias) e, não havendo retratação do relator, enviará o recuso para julgamento pelo órgão colegiado, com a prévia inclusão em pauta, o que lhe garantirá a publicidade necessária aos atos estatais. (JOBIM; CARVALHO, 2016, p. 907).

A ausência de contraditório era uma complicação da própria existência do agravo interno, uma vez que, apesar de a decisão lhe ser favorável, o agravado não detinha a oportunidade para manifestação sobre o recurso, como um evidente disparate nas armas processuais, pelo fato de que o agravo era pautado sem a devida possibilidade de apresentação de suas contrarrazões. O CPC/2015, nesse ponto, primou pela valoriza-

ção do contraditório, com essa abertura para manifestação do recorrido.

O contraditório sempre é louvável, possibilita uma maior paridade de armas processuais entre as partes, manifestando-se em iguais números de oportunidades. Entretanto, apesar de elogiosa a alteração privilegiando o contraditório, o processamento do agrado certamente será mais demorado. O prazo foi triplicado, sem contar a contabilidade em forma de dias úteis, a inclusão do contraditório possibilita mais outros 15 dias úteis, para, somente após, permitir-se a inclusão do processo na pauta de julgamento. Os julgamentos dos agrados internos, por certo, demorarão mais que o dobro do usual.

3.2 Da possibilidade do juízo de retratação no agrado interno

No agrado interno, há também a existência do efeito regressivo, possibilitando ao relator realizar o juízo de retratação, de forma diferente ao agrado de instrumento. Nesse momento, o relator da decisão impugnada não tem a obrigatoriedade de realizar essa análise, mas tem a possibilidade de retratar-se.

Quando o recurso é interposto a fim de que o próprio juiz prolator da decisão recorrida reexamine o que fora por ele próprio decidido, diz-se que o recurso provoca um juízo de retratação, desde que, nesse caso, ao contrário daquele em que ocorra apenas o efeito devolutivo em toda sua pureza, dá-se ao julgador que tivera sua decisão impugnada a possibilidade de revê-la e modificá-la (SILVA, 2001 p. 415).

O art. 1021, § 2º, utiliza a expressão “não havendo retratação, o relator leva-lo-á a julgamento pelo órgão colegiado”, ou seja, somente em caso do relator não se retratar há a obrigação de se remeter ao colegiado. Existem duas espécies de retratação no agrado interno: a modificação da decisão pelo próprio relator, com o provimento do agrado interno – ainda que parcial, profereindo nova decisão monocrática –, e a anulação da decisão, dando prosseguimento ao recurso ou pedido anterior, como não houvesse acontecido a interposição do agrado interno em si.

Se na primeira hipótese somente é cabível a retratação com o sentido do provimento do pedido do agrado interno, ou seja, o atendimento do pleito existente naquele recurso, culminando numa nova decisão monocrática diversa da anterior, na segunda, o resultado acaba por ser a anulação da decisão monocrática, com a remessa do recurso/pedido anterior ao colegiado para julgamento, como se o agrado interno nem tivesse existido.

Insta salientar que, no caso da segunda hipótese, por mais que se pareça com a remessa do próprio agravo interno ao colegiado, há uma considerável diferença. Com a retratação, a remessa será do recurso anterior, ou seja, caso for um agravo em apelação, será a própria apelação que tem o prosseguimento com a remessa ao colegiado, não tendo, nesse caso, a necessidade de se julgar o agravo interno pelo fato da existência da retratação.

3.3 Da fundamentação do acórdão que julga o agravo interno

A fundamentação do acórdão que julga o agravo interno foi motivo de preocupação do legislador ao incluir o § 3º no art. 1021, que dispõe que “é vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno.”

Geralmente, em julgamento de agravo interno sob a égide da legislação revogada, tinha-se recurso que impugnava uma decisão monocrática realizada pelo próprio relator, que, quase automaticamente, utilizava-se da fundamentação da própria decisão agravada para afastar a possível procedência do próprio agravo, argumentando que esta foi proferida de maneira e enquadramento correto. Ou seja, o relator, ao receber o agravo interno impugnando a sua decisão, simplesmente argumenta que a sua decisão está correta e não merece reparo. No entanto, essa prática é condenável e altamente prejudicial à demanda, uma vez que o relator acaba por não enfrentar os pontos trazidos pelo agravante, simplesmente mantendo a decisão.

Por sua vez, o § 3º do art. 1.021 do CPC proíbe que o relator, ao julgar o agravo interno, limite-se a reproduzir os fundamentos da decisão monocrática, negando, assim, provimento ao recurso (agravo interno). Tal prática é vedada pela Constituição Federal, pois o art. 93, IX, exige a fundamentação de todas as decisões judiciais e, por óbvio, a mera reprodução da decisão anterior não atende à garantia constitucional da fundamentação. A exigência do § 3º do art. 1.021 do CPC coaduna-se com a norma do § 1º do art. 489 do CPC, a qual, de maneira até didática, aponta os casos em que não se considera fundamentada a decisão judicial, o que importa na sua nulidade (art. 93, IX, da CF). Essas duas normas, previstas nos §§ 1º e 3º do art. 1.021 do CPC, reforçam a ideia de que somente a partir do “diálogo” entre as partes e o juiz alcança-se a melhor decisão judicial. E, em grau de recurso, os fundamentos da decisão recorrida devem ser impugnados, assim como a decisão que julga o recurso deve

enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (decisão recorrida), sob pena de ser nula, por ausência de fundamentação (art. 489, § 1.º, IV, do CPC, c/c o art. 93, IX, da CF). (ARAÚJO, 2016)

O CPC/2015 primou por combater essa realidade cotidiana recursal, ao positivar a impossibilidade da fundamentação de improcedência do agravo interno se limitar a simplesmente reproduzir o que se decidiu monocraticamente, obrigando o relator a um outro e novo enfrentamento, com a necessidade de fundamentar, de maneira devida, os motivos de improcedência do agravo, sem utilizar, simplesmente, o argumento da existência da decisão anterior.

Se o agravo interno, por exemplo, impugnar a decisão monocrática com a argumentação de que o enquadramento do precedente foi equivocado, por inexistir a relação entre os casos – o precedente e aquele julgado monocraticamente –, deve o relator demonstrar a identidade que verificou para utilizar o precedente, enfrentando os pontos em que o agravo interno se baseia. Sem realizar essa fundamentação analítica, o acórdão não estará devidamente fundamentado, ocasionando a sua nulidade.

O STJ, recentemente, posicionou-se sobre tal ponto, já sob a égide do CPC/2015, ao decidir pela necessidade de fundamentação adequada e analítica no julgamento do agravo interno:

REsp 1.622.386-MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, por unanimidade, julgado em 20/10/2016, DJe 25/10/2016.

RAMO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

TEMA Julgamento de agravo regimental. Mera reprodução da decisão monocrática. Não apreciação de questões relevantes. DESTAQUE É vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno. INFORMAÇÕES DO INTEIRO TEOR Cingiu-se a controvérsia a decidir sobre a invalidade do julgamento proferido, por ausência de fundamentação, a caracterizar violação do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015. Sustentou-se que tribunal de origem, ao julgar o agravo regimental que interpusera, limitou-se a reproduzir a decisão monocrática do relator, sem enfrentar os argumentos deduzidos, capazes de alterar o resultado do julgamento. Conquanto o julgador não esteja obrigado a rebater, com minúcias, cada um dos argumentos deduzidos pelas partes, o novo Código de Processo Civil, exaltando os princípios da cooperação e do contraditório, impõe-lhe o dever, dentre outros, de enfrentar todas as questões capazes de, por si sós e em

tese, infirmar a sua conclusão sobre os pedidos formulados, sob pena de se reputar não fundamentada a decisão proferida (art. 489, § 1º, IV). Ademais, conforme prevê o § 3º do art. 1.021 do CPC/2015, é vedado ao relator limitar-se a reproduzir a decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno, ainda que “com o fito de evitar tautologia”.

A preocupação do novel ordenamento é louvável, justamente por conceder ao agravo interno a devida resposta jurisdicional adequada, com a análise real do que se impugnou, não o transformando em mera peça de inconformismo sem a fundamentação sobre a improcedência do recurso. A parte, ao impugnar atenta e corretamente, ainda que resulte num improvimento, tem o direito de conhecer os motivos que fazem a sua argumentação ser improvida de razão, e não simplesmente a reiteração do decidido anteriormente.

3.4 Multa pela inadmissibilidade ou improvimento unânime

O agravo interno busca, como finalidade, levar a matéria da referida decisão monocrática ao conhecimento do colegiado competente, forçando a realização de uma revisão, daquela decisão monocrática dada pelo relator, pelo órgão. Com a interposição do recurso, o recorrente deve impugnar esse enquadramento realizado nas hipóteses autorizadas pelos incisos do art. 932, enfatizando que o relator decidiu de forma equivocada, sendo motivos para fazê-lo de maneira monocrática.

Pelo agravo interno forçar essa revisão, caso o recurso seja inadmissível ou improvido por unanimidade, nos moldes do art. 1.021, § 4º, o agravante pode ser condenado ao pagamento de multa fixada pelo colegiado, para a outra parte, por ter ensejado uma revisão desnecessária pelo órgão colegiado. Uma maneira de desestímulo à própria interposição do agravo interno por mero inconformismo, sem nenhuma argumentação pertinente, deixando o recurso somente para as reais situações com possibilidade de reversão do posicionamento pelo colegiado daquele tribunal, quando houver o equívoco do relator.

A multa em si já existia na antiga codificação, mas tinha um caráter menos delimitado e bem abrangente, sobre qualquer resultado improvido, o que gerava uma não utilização nos tribunais de segundo grau, apesar de utilizada largamente nos tribunais superiores. A diferença existente no CPC/2015 está na melhor delimitação, com maior objetividade sobre o assunto. Para que seja possível a aplicação da multa pelo colegiado, este deve observar o cumprimento de alguns requisitos: o fato de o recur-

so ser manifestamente inadmissível ou improcedente; a exigência de unanimidade para a aplicação da multa; a necessidade de fundamentação sobre a multa aplicada.

Ou seja, a aplicação da multa não pode ser automaticamente pelo próprio improviso, mas pela conjunção de todos os requisitos, posição que já era defendida pela doutrina e, recentemente, corroborada em julgamento pelo STJ:

SEGUNDA SEÇÃO - EREsp 1.120.356 D RS - EMENTA - AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO CONHECIDO APENAS NO CAPÍTULO IMPUGNANDO DA DECISÃO AGRAVADA. ART. 1.021, § 1º, DO CPCD 2015. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA APRECIA- DOS À LUZ DO CPCD 73. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 7D STJ. PARADIGMAS QUE EXAMINARAM O MÉRITO DA DEMANDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. REQUERIMENTO DA PARTE AGRAVADA DE APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO § 4º DO ART. 1.021 DO CPCD 2015. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. 1. Nos termos do art. 1.021, § 1º, do CPCD 2015, merece ser conhecido o agravo interno tão somente em relação aos capítulos impugnados da decisão agravada. 2. Não fica caracterizada a divergência jurisprudencial entre acórdão que aplica regra técnica de conhecimento e outro que decide o mérito da controvérsia. 3. A aplicação da multa prevista no § 4º do art. 1.021 do CPCD 2015 não é automática, não se tratando de mera decorrência lógica do não provimento do agravo interno em votação unânime. A condenação do agravante ao pagamento da aludida multa, a ser analisada em cada caso concreto, em decisão fundamentada, pressupõe que o agravo interno mostre-se manifestamente inadmissível ou que sua improcedência seja de tal forma evidente que a simples interposição do recurso possa ser tida, de plano, como abusiva ou protelatória, o que, contudo, não ocorreu na hipótese examinada. 4. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do agravo interno e, nessa extensão, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Ricardo Villas Bôas Cueva e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Antonio

Carlos Ferreira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, 24 de agosto de 2016 (data do julgamento). MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

O termo “manifestamente” indica a existência de um erro grosseiro, seja na admissibilidade ou na fundamentação do próprio recurso, o que gera a sua inviabilidade, demonstrando um mero intuito protelatório recorrente ao interpor o agravo. Se o agravo for interposto corretamente, com a argumentação devida, ainda que improvido, não será possível de multa. Depois, o julgamento deve importar em uma unanimidade pelo improviso, o que torna esse requisito objetivo, ainda que alguns membros do colegiado julguem de maneira a ser protelatório, se um dos membros der provimento ao agravo, não será possível a multa. E, por último, a necessidade de fundamentação no acórdão sobre a aplicabilidade da multa, importando na demonstração pelo colegiado dos motivos pelos quais entendem que houve o intuito do protelamento da demanda com a interposição do agravo interno. Sem a fundamentação específica e analítica sobre a multa, por mais que as duas outras exigências estejam presentes, não há possibilidade de aplicação dela.

Para a aplicação da multa mencionada, não basta que o recurso seja declarado como manifestamente inadmissível ou improcedente. É necessário, em acréscimo, que a votação seja unânime. Essa orientação é delineada pelo enunciado 359 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, exige que a manifesta inadmissibilidade seja declarada por unanimidade.” A imposição da multa visa garantir a seriedade da atividade jurisdicional, que não pode ser atentada com a interposição de recurso manifestamente inadmissível ou improcedente (MADRUGA; MOUZALAS; TERCEIRO NETO, 2016, p. 1131).

Uma vez estipulada a multa, a admissibilidade do próximo recurso a ser interposto depende do pagamento dessa multa constante no acórdão do agravo interno, via depósito judicial, devendo comprovar no protocolo do recurso, em anexo a este. O pagamento da multa torna-se, então, um requisito de admissibilidade do próximo recurso. Importante diferenciar este recolhimento das custas recursais, uma vez que a multa a ser paga será para a outra parte e, por isso, via depósito judicial.

3.5 A existência de decisões monocráticas irrecorríveis

Apesar de o art. 1.021 estipular que as decisões proferidas pelo relator são passíveis de agravo interno, esta é a regra geral; contudo, se houver outra norma específica para determinada situação decisória prolatada de maneira monocrática, com o impedimento de interposição de recurso, essa decisão será irrecorrível, sem a hipótese de cabimento do agravo.

Evidentemente que essas hipóteses são exceções, pelo fato de que a maioria está enquadrada pelo art. 932 e, consequentemente, é passível de agravo interno. Cunha e Didier Jr. (2016, p. 288) detalham da seguinte maneira:

Embora raras, existem decisões de relator irrecorríveis. Elas devem vir expressamente previstas em lei - em caso de silêncio legislativo, a decisão é recorrível. Eis algumas delas: a) decisão sobre a intervenção de amicus curiae (art. 138, caput, e art. 950, §3º, CPC); b) decisão do relator que concede gratuidade da justiça - cabe à parte adversária pedir a revogação do benefício (art. 100, CPC); c) decisão que releva a deserção e concede novo prazo para o recorrente fazer o preparo, em razão de justo motivo (art. 1.007, §6º, CPC); d) decisão do relator do recurso especial, que considera o recurso extraordinário simultaneamente interposto como prejudicial e, por isso, determina o sobrerestamento do recurso especial e remete os autos ao STF (art. 1.031, §2º); e) decisão do relator do recurso extraordinário, que não o considera prejudicial ao recurso especial que foi interposto simultaneamente, e, por isso, determina a devolução dos autos ao STJ, para julgamento do recurso especial (art. 1.031, §3º). O que caracteriza todas essas situações é a ausência de prejuízo imediato à parte - por isso a proibição de agravo interno é, nesses casos, legítima.

Portanto, essas decisões monocráticas, ainda que prolatadas pelo relator, não serão incluídas na regra do art. 1.021 e, assim, não serão passíveis de agravo interno.

3.6 O agravo interno de distinção/superação: uma alteração na lei antes da vigência do CPC/2015

O art. 1.021, como já vimos, estipula o cabimento do agravo interno sobre as decisões proferidas por relatores. No entanto, o agravo interno também será cabível, mediante o disposto no art. 1.030, § 2º, de decisão do presidente ou vice-presidente do tribunal quando decidir sobre a admissibilidade ou sobrerestamento de recurso especial ou extraordinário, com a necessária remessa

ao pleno ou órgão especial para o julgamento desse agravo interno.

O presidente ou vice-presidente do tribunal é o responsável pela análise preliminar da admissibilidade dos recursos excepcionais – especial ou extraordinário – conforme a dicção do art. 1.030. O intuito é realizar-se um filtro na interposição desses recursos, com a desnecessidade de remessa aos tribunais superiores em algumas hipóteses, o que geraria uma inadmissibilidade (inciso I) ou um sobrerestamento (inciso III).

Se o recurso excepcional versa sobre controvérsia em que o STF já inadmitiu a existência de repercussão geral ou, apesar de reconhecida repercussão geral, julgou o mérito em sentido contrário do almejado no recurso, este deve ser inadmitido pelo presidente ou vice-presidente deste tribunal. Mesmo destino de admissibilidade ocorrerá quando o recurso excepcional almejar resultado diverso de já proferido em recursos excepcionais repetitivos.

Geralmente, com a decisão pela inadmissibilidade pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, caberia o agravo do art. 1.042, forçando a subida do recurso excepcional para o seu tribunal superior de destino; contudo, esse mesmo artigo, em sua parte final, impõe uma exceção quanto à interposição desse agravo, quando, apesar da inadmissibilidade do recurso excepcional, a motivação for “fundada na aplicação de precedente de repercussão geral e de recurso especial repetitivo”. Nesse caso, o presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido inadmitiu o recurso excepcional, pelo fato de que o intuito recursal desse recurso continha pedidos em caminhos diversos de precedentes de repercussão geral ou recursos excepcionais repetitivos.

Se não há motivos para levar ao tribunal superior, inadmitindo, desde já, o recurso excepcional e, também, com a impossibilidade de interposição de agravo do art. 1042, pelos motivos antes esposados, o que fazer, se o recorrente não concorda com esse enquadramento, alegando que o seu recurso é de matéria diversa daquela do precedente utilizado para fins comparativos? Mesmo assim, não caberá agravo do art. 1.042.

Nessa hipótese, o recurso cabível será o agravo interno remetendo a impugnação da decisão do presidente ou vice-presidente para o seu próprio pleno ou órgão especial. A questão não é nova, tampouco é fácil. Uma aplicabilidade equivocada de um precedente pelo tribunal recorrido não pode ser combatida para uma transferência de competência recursal, mas, de forma interna, ao mesmo tribunal.

As demais hipóteses (incisos I, II e IV) desafiam apenas Agravo Interno (art. 1.021), como estabelecido pelo § 2.º do art. 1.030 (que parcialmente aqui repetem entendimento firmado sob a vigência do CPC/73 – cf. NUNES, Dierle et al. *Curso de direito processual civil: fundamentação e aplicação*, cit.), o que inviabilizaria o acesso ao Tribunal Superior. É inegável que destas decisões ainda são cabíveis os embargos de declaração (EDs – art. 1.022), especialmente buscando a demonstração de contradição externa, ou seja, quando o Tribunal de origem possuir decisões em sentido contrário à do precedente do Tribunal Superior e em respeito ao dever cooperativo da coerência (art. 926) induziria a autorização de análise de fundamento ainda não enfrentado pelo STJ ou pelo STF (NUNES; BAHIA; PEDRON, 2016).

Com uma aplicabilidade equivocada do tribunal recorrido – seja do precedente em si ou do sobrerestamento – não há forma de o recorrente requerer a adequação ao tribunal superior, somente a este próprio tribunal, impugnando a decisão do presidente ou vice-presidente, levando a questão para o pleno ou o órgão especial, seja suscitando o enquadramento equivocado do recurso excepcional em questão de repetitivo ou repercussão geral por diferença fático-jurídica, a negativa equivocada de repercussão geral por igual diferença ou o indevido sobrerestamento do recurso excepcional alegando diferença entre as matérias do julgamento repetitivo e o presente caso.

O intuito do agravo interno, nesses casos, é a alegação, para o pleno ou órgão especial, da distinção de que o recurso excepcional trancado não guarda identidade com as decisões paradigmáticas ou com recursos excepcionais repetitivos a serem julgados. É esse órgão que terá a incumbência da análise se o presidente ou vice-presidente enquadrou corretamente a comparação das questões fático-jurídicas. Em caso de provimento do agravo interno, o recurso excepcional, anteriormente trancado em sua admissibilidade, será remetido ao tribunal superior para o seu devido julgamento. Em sentido contrário, se o colegiado maior entender que houve o enquadramento correto, mantém a decisão da inadmissibilidade ou sobrerestamento, sem a remessa ao tribunal superior.

Igual análise ocorrerá pelo pleno ou órgão especial se a alegação do recurso excepcional for pela superação do precedente, com fatos e alegações sociais novas a serem analisadas. Se houver pedido de revisão de tese, com a devida fundamentação sobre esse ponto, o recurso excepcional deve ser remetido para o tribunal superior, ainda que contenha identidade fático-jurídica com

o precedente, justamente por almejar a superação. Se, nessa hipótese, o presidente ou vice-presidente inadmitir o recurso excepcional, mesmo com o pedido de revisão de tese, o agravo interno deve ser a saída, com a alegação sobre a necessidade dessa pleiteada revisão, com a fundamentação de que existem novas conjunturas políticas, sociais, econômicas ou jurídicas. O resultado pelo pleno é idêntico ao agravo interno para alegação de distinção. Com o provimento, remete-se ao tribunal superior para a análise da revisão de tese e, em sentido contrário, se decidirem pelo improviso, não há remessa ao tribunal superior, somente corroborando-se a decisão do presidente.

4 Forma de interposição e processamento

O prazo para a interposição do agravo interno foi modificado para a regra de 15 dias, agora úteis. Por ser a impugnação sobre a decisão monocrática, a contagem é a partir da intimação deste ato. A petição deve ser de forma escrita, protocolada perante o departamento/secretaria a que o relator é vinculado, com o endereçamento para este e com o intuito da remessa do recurso para o julgamento colegiado. A petição deve impugnar o conteúdo da decisão agravada, como já vimos, não sendo pertinente ou eficaz querer rediscutir o recurso anterior (por mais que a decisão seja de provimento ou improviso deste), a alegação deve ser sobre a necessidade ou não da utilização da decisão monocrática e não o colegiado em si.

Em regra, não há necessidade de preparo para a interposição, por se tratar de um recurso interno, somente ensejando o julgamento colegiado pelo qual o recurso anterior tinha pretensão. As custas, assim, estavam embutidas “no custo da causa que tramita no tribunal, cujas despesas já foram antecipadas, pelo recorrente ou pelo autor da ação de competência originária” (CUNHA; DIDIER JR, 2016, p. 289).

O recurso tem efeito devolutivo: mesmo que não tenha uma alteração hierárquica no órgão julgador, há uma devolução da matéria para um novo julgamento. A decisão monocrática enfrentou o recurso somente com o relator; com o agravo interno a matéria volta ao colegiado, devolvendo-se a jurisdição. Não há, no entanto, efeito suspensivo pela interposição desse recurso; porém, caso o recurso anterior contenha o efeito suspensivo, automático ou decretado via decisão judicial, este será mantido durante o processamento até o julgamento do agravo, prolongando o efeito suspensivo anteriormente existente, seja *ope iudicis* ou *ope legis*.

O processamento do recurso é disciplinado pelo regimento interno de cada tribunal, porém seguindo um caminho comum, delineado pelo próprio art. 1.021. Após, o protocolo é devidamente encaminhado para o relator, que intimará o agravado para apresentar as contrarrazões, em prazo idêntico ao recursal (MEDINA, 2015, p. 925).

Nesse momento, o relator tem a oportunidade de realizar o juízo de retratação, caso não o faça, reanalisa o processo com base nas argumentações impugnativas do agravo, com inclusão do processo em pauta para julgamento. Na sessão de julgamento, com a palavra, em decisão fundamentada, o relator profere o seu voto, seguido dos demais magistrados. Com o resultado do agravo interno, se este for improvido, o julgamento se encerra. Em caso contrário, com o provimento do agravo, o recurso anterior (ou pedido anterior), impedido de ser levado ao colegiado pela decisão monocrática, será colocado em julgamento, tendo, nessa hipótese, o julgamento de dois recursos, do agravo interno e do recurso principal, em um só acórdão. Com o resultado proclamado, o acórdão será lavrado, com ulterior publicação.

Se o agravo interno for em decisão monocrática que julga o recurso da apelação, no caso de não unanimidade do julgamento desse agravo, deve atribuir-se o mesmo julgamento diante de um colegiado maior, preconizado no art. 942 (MADRUGA; MOUZALAS; TERCEIRO NETO, 2016, p. 1131).

Conclusão

O presente estudo teve o escopo de analisar as alterações na decisão monocrática pelo relator diante do novo ordenamento processual, com a necessária visão das alterações pertinentes e a consequente verificação de que houve uma readequação das possibilidades decisórias do relator, seja numa ampliação e positivação mediante o processamento recursal e processual nos tribunais ou nas alterações realizadas para a autorização ao julgamento do próprio recurso.

Alterando as possibilidades de prolação das decisões monocráticas, automaticamente, o CPC/2015 primou por regulamentar adequadamente o recurso impugnativo dessa espécie decisória, delimitando o cabimento do agravo interno. Apesar de não ser uma novidade no ordenamento jurídico, o agravo interno ganhou uma imensa atenção legislativa ao serem devidamente estabelecidas, com as regras processuais bem-postas, as suas linhas fundamentais e limitadoras.

Anteriormente, apesar da existência de um agravo, no código revogado, para a impugnação da decisão monocrática, não havia a nomenclatura oficial legal de agravo interno, tampouco uma positivação de suas funções e tramitações, deixando para o cotidiano, a prática e a doutrina entenderem tal instituto.

No entanto, o novo ordenamento não se omitiu nessa questão, com a especificação de diversos pontos materiais em que pairavam dúvidas no cotidiano forense. Um dos pontos positivos foi delimitação meritória do agravo interno a impugnar somente os aspectos da decisão monocrática, sem ater-se a recurso ou pedido anterior, outro foi a determinação de que o julgamento recursal não seja uma mera confirmação da decisão monocrática, imbuindo o relator do ônus da fundamentação, dentre outras inovações que discorremos.

Diante de novas sistemáticas recursais, o estudo da decisão monocrática culmina no melhor entendimento do agravo interno e sua real positivação no novo ordenamento, esclarecendo pontos que outrora eram complexos. O sistematização do agravo interno, com a sua devida positivação, é um dos pontos elogiáveis do CPC/2015 na esfera recursal.

Referências

- ARAÚJO, Luciano Vianna. Comentários ao art. 1.021. In: CABRAL, Antonio Passo; CRAMER, Ronaldo. (Orgs.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2^a ed. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2^a ed. Atlas, 03/2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13^a ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- JOBIM, Marco Felix; CARVALHO, Fabricio de Farias. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Orgs.). **Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. 2^a Salvador: JusPodivm, 2016.
- JORGE, Flavio Cheim; SIQUEIRA, Thiago Ferreira. A sanabilidade dos requisitos de admissibilidade dos recursos: notas sobre o art. 932, parágrafo único, do CPC/15. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Orgs.).

Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais. 2^a Salvador: JusPodivm, 2016.

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil Volume Único.** 8^a ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel.: Artigos 926 a 975. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. (Coord.). **Comentários ao novo código de processo civil.** 1^a ed. RT: São Paulo: 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado.** 4^a ed. RT: São Paulo, 2015.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 16^a ed. São Paulo: RT, 2016.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao art. 1.030. In: STRECK, Lenio (Org.). **Comentários ao código de Processo Civil.** 11^a ed. Saraiva, 3/2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>>.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil:** processo de conhecimento. 5^a ed. São Paulo: RT, 2001. v. 1.

ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 932. In: CABRAL, Antonio Passo; CRAMER, Ronaldo. (Org.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil.** 2^a ed. Métdo, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>>.

Advogado da Caixa Econômica Federal: entre o público e o privado

Iuri de Castro Gomes

Advogado da CAIXA na Bahia

Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito – Instituto Excelência (Juspodivm)

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA

RESUMO

O presente artigo tem por desiderato aferir a natureza jurídica do advogado da Caixa Econômica Federal. Trata-se de trabalho cujo marco teórico está na exata compreensão das funções essenciais à justiça e suas respectivas espécies, bem como na análise do regime jurídico aplicado à Caixa Econômica Federal. A tese é no sentido de que o advogado da Caixa Econômica Federal é, a depender do interesse/objeto em questão, um advogado público ou um advogado privado.

Palavras-chave: Advogado. Caixa Econômica Federal. Natureza Jurídica. Funções essenciais à Justiça.

ABSTRACT

The purpose of this article is to assess the legal nature of Caixa Econômica Federal's attorney. It is work whose theoretical framework is in the exact understanding of the functions essential to justice and their respective species, as well as in the analysis of the legal regime applied to the Caixa Econômica Federal. The thesis is that the attorney of the Caixa Econômica Federal is, depending on the interest / object in question, a public lawyer or a private lawyer.

Keywords: Attorney. Caixa Econômica Federal. Legal Nature. Essential functions to Justice.

Introdução

A Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 145/2015, que visa alterar a Constituição Federal para criar a carreira de Procurador Estatal, atualmente se encontra sob apreciação da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados. De acordo com a proposta de emenda em ques-

tão, será acrescido o § 4º ao artigo 131 da Constituição Federal – localizado na Seção II, da Advocacia Pública –, dispondo o seguinte:

§ 4º. Os procuradores das empresas públicas e sociedades de economia mista federais, de que trata o § 1º, artigo 173, cujo ingresso na carreira se deu na forma do artigo 37, II, dessa Constituição, submetidos ao regime jurídico próprio das empresas privadas e por estas custeados, subordinar-se-ão, administrativa e tecnicamente, ao Advogado-Geral da União e lhes serão assegurados os mesmos direitos, garantias e vencimentos destinados aos demais membros da Advocacia-Geral da União, não excluindo os direitos trabalhistas referentes às empresas às quais estão vinculados.

A PEC também visa acrescentar o artigo 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o qual possui a seguinte dicção: “Até que seja editada lei regulamentando a carreira de que trata o § 4º do artigo 131 da Constituição Federal, será aplicada, no que couber, a lei referente aos demais membros da advocacia-geral da União, preservados os direitos adquiridos”.

Na seara infraconstitucional, segue-se o mesmo movimento de regulamentação da advocacia estatal. Com efeito, a Proposição nº 49.0000.2011.0033222-0/COP, da antiga Coordenação Nacional da Advocacia em Estatais, busca aprovação do anteprojeto de lei que estrutura a carreira da advocacia em estatais.

Portanto, o advogado estatal é uma realidade ainda carente de regulamentação pelo direito. Aliás, a ausência de regulamentação da advocacia estatal fragiliza garantias e prerrogativas inerentes ao advogado, seja ele público ou privado, por cercar mecanismos de blindagem contra o poderio político, econômico e social (FRANKLIN, 2016, p. 204).

Sucede que, para a correta definição das normas aplicáveis ao advogado estatal, ou seja, o regime jurídico a que está/será submetido, é necessário saber qual a natureza jurídica da advocacia estatal. Em outras palavras, para se conformar algo, é imperioso saber primeiro em que consiste o objeto de estudo.

Como as empresas estatais podem ser prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica, o que aumentaria sobremaneira o objeto de estudo, o presente artigo optou, em razão de seu recorte metodológico, por focar no advogado de uma específica empresa estatal exploradora de atividade econômica, a Caixa Econômica Federal. Desse modo, o objetivo do ensaio é identificar a natureza jurídica do advogado da Caixa Econômica Federal.

O ponto de partida do estudo será o Capítulo IV da Constituição Federal, “Das Funções Essenciais à Justiça”, afinal, as alterações constantes na PEC 145/2015 estão ali localizadas, e é lá que se perscrutará a natureza jurídica do advogado da Caixa Econômica Federal.

1 Funções essenciais à justiça como contrapoderes

Examinar as funções essenciais à justiça não é tarefa das mais fáceis. No atual estado da arte, limitam-se os autores a tecer comentários sobre as disposições constitucionais e infraconstitucionais das quatro espécies que compõem o gênero funções essenciais à justiça: Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Advocacia, chamada, a partir de agora, em contraposição à Advocacia Pública, de Advocacia Privada. A situação é repetitiva. No capítulo sobre as funções essenciais à justiça, adentra-se de imediato nos subtópicos relativos a cada função essencial, sem qualquer explanação prévia.

Talvez o equivocado tratamento doutrinário deva-se ao fato de o Constituinte não ter se preocupado em definir o significado jurídico das funções essenciais à justiça. Com efeito, o capítulo IV da Constituição – “Das Funções Essenciais à Justiça” – não é seguido de nenhum artigo. Só há preceitos normativos nas subseções, onde já se adentra na regulamentação do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Defensoria Pública e da Advocacia Privada.

Aí está o problema. Apesar de demonstrar as idiossincrasias legais de cada espécie, não há um tratamento doutrinário ou positivo do gênero. Aliás, há até mesmo uma dificuldade em se identificar o elemento comum, isto é, o fundamento que levou o Poder Constituinte a tratar instituições tão diversas sob a mesma alcunha.

Ainda que não ditas, existem razões sérias para a existência do gênero funções essenciais à justiça. Basta lembrar que, segundo Alexy (2001, p. 179-181), toda regra, mormente uma disposição constitucional, está amparada por uma cadeia infinita de justificações.

Nesse sentido, a consagração constitucional das funções essenciais à justiça é consequência da conformação dos fatores reais de poder na Constituição Federal (LASSALE, 2008). Lembre-se: segundo Lassale (2008), a Constituição não passa de uma folha de papel acaso não represente com absoluta fidelidade os fatores reais e efetivos do poder vigentes em determinado país.

Não obstante o exagero da afirmação em epígrafe – já que as disposições constitucionais são sempre eficazes, havendo apenas variação de grau a depender das limitações impostas pela realidade, o que demonstra a influência recíproca entre a realidade político-social e a normatividade da Constituição (HESSE, 1991) –, a concepção de Lassale conduz à ideia de que uma das tarefas da Constituição é tratar e conformar o poder.

Nas Constituições Modernas, o poder foi concentrado no Estado, que o exerce de modo politicamente institucionalizado por meio das três funções clássicas: Executiva, Legislativa e Judiciária. No entanto, a manifestação do poder não é exclusividade do ente estatal.

À evidência, ao organizar constitucionalmente o Estado e lhe outorgar o monopólio do poder coercitivo, a sociedade confia ao ente criado a persecução dos interesses que, por outro modo, não alcançaria; de outro giro, a sociedade mantém os poderes indispesáveis para continuar a defender seus interesses (MOREIRA NETO, 1991, p. 34-35).

Dessa feita, no espaço público não estatal desenvolvem-se modalidades espontâneas de poder que se opõem ao poder estatal e buscam influir nas mais diversas espécies de litígios (MOREIRA NETO, 2011, p. 12). São os chamados contrapoderes.

Ditos contrapoderes constituem-se em movimentos populares de reivindicação e de protesto contra o próprio Estado, cujo suporte físico são desde os meios de comunicação digital de massa até as tradicionais manifestações públicas presenciais (MOREIRA NETO, 2011, p. 12-15).

Se, por um lado, a atuação dos contrapoderes demonstra o amadurecimento político-social do povo e a intensificação da cidadania ativa, por outro, exibe, às vezes, manipulação político-partidária, abalos à segurança pública e prejuízos aos usuários de serviços públicos (MOREIRA NETO, 2011, p. 15-16).

Quer dizer, apesar de imprescindíveis à sociedade, os contrapoderes constituem um risco à ordem jurídica constitucionalmente instituída, dada a propensão do emprego da força em manifestações públicas de massa de contrariedade, de indignação e de insatisfação, que não raras vezes são acompanhadas de tumultos, agressões, depredações e vítimas, o que fica ainda mais exacerbado quando os movimentos são confrontados com a repressão policial (MOREIRA NETO, 2011, p. 12-16).

Ora, se todos os movimentos fossem ordeiros e pacíficos, interesses de diversos segmentos da sociedade seriam ecoados construtivamente, de modo que os protestos seriam extremamente benéficos ao controle popular espontâneo dos atos estatais

(MOREIRA NETO, 2011, p. 13). Praticamente não existiriam pontos negativos. Contudo, assim não é a realidade.

Por isso, os Estados consideram “atentamente a necessidade de instituir maior contenção preventiva e pacífica desses fenômenos, visando a reduzir seu potencial de riscos de agressão e desordem” (MOREIRA NETO, 2011, p. 16).

Assim, para mitigar os riscos proporcionados pelos contrapoderes à ordem jurídica constitucional, bem como à paz e às liberdades públicas, tais manifestações passaram a ser submetidas, filtradas e reguladas pelos canais do Direito (MOREIRA NETO, 2011, p. 12-13). Pela precisão do raciocínio, confirmam-se os dizeres de Moreira Neto (2011, p. 16) sobre a institucionalização dos contrapoderes:

Cabe-lhes, portanto, diante dessas novas manifestações de contra-poderes, o dever de canalizá-las institucionalmente no que há de positivo e de saudável nessas forças sociais, para que passem a atuar construtivamente para a manutenção da paz social e para o exercício das liberdades democráticas, sempre prestigiando as legítimas manifestações da cidadania, com soluções que, sem sufocar-lhes a espontaneidade criativa, mas, necessariamente, minimizando e, se possível, eliminando os aspectos negativos, que possam trazer riscos à ordem jurídica.

Trata-se de um verdadeiro aprimoramento do controle do poder pelo Direito. A propósito, é da própria função do Direito disciplinar situações de conflito, a fim de gerar previsibilidade e segurança. Não seria diferente a atuação jurídica na escalada dos contrapoderes (MOREIRA NETO, 2011, p. 16).

Traçado esse panorama, observa-se que, no tradicional modelo de tripartição dos poderes, a solução estatal para os movimentos de contrapoder adstringia-se à pura e simples repressão, ao passo que os atuais modelos constitucionais, como o brasileiro, consagram funções de intermediação cometidas a instituições que atuam com o *status* de expressões alternativas e apartidárias dos mais diversos interesses dos segmentos societários, quer os canalizando, quer os exercitando (MOREIRA NETO, 2011, p. 16-17). Nessa senda (MOREIRA NETO, 2011, p. 17-18):

A intermediação cidadã, expressada na forma de contra-poderes institucionalizados, é adequada resposta aos riscos oferecidos por uma atuação incontida e desabrida de contra-poderes sociais em estado bruto, pois promove sua canalização e filtragem jurídica, de

modo a que interesses e reivindicações da sociedade possam, com segurança, ingressar e atuar permanentemente no sistema juspolítico sob a forma de contra-poderes estatais juridicamente organizados.

A tarefa precípua dos contrapoderes institucionalizados, portanto, é provocar os três poderes estatais tradicionais, com o intuito de zelar, controlar, promover e defender os interesses da sociedade (MOREIRA NETO, 2011, p. 18).

Por serem neutros do ponto de vista político-partidário, os contrapoderes institucionalizados atuam no espaço deixado pela crise do modelo de representação democrática. Sem tempo e condições técnicas para discutir as questões relevantes, e cada vez mais preocupados com o jogo político, isto é, com a disputa pelo poder em si, os representantes deixaram de aferir e definir a paleta de valores das sociedades (MOREIRA NETO, 2011, p. 19-21).

Daí por que os Estados começaram a confiar a órgãos constitucionalmente independentes e administrativamente autônomos, sem qualquer ingerência ou interferência no plano político-partidário, o desempenho das funções voltadas ao atendimento do interesse público primário, de modo a ampliar a justiça por meio do controle e intermediação junto aos tradicionais três poderes (MOREIRA NETO, 2011, p. 21/22).

Atribui-se, assim, aos agentes exercentes das funções estatais neutrais – legitimados pelo mérito em seu acesso, assim como pelo exercício político partidariamente isento de suas funções – a tarefa de atender ao interesse direto da sociedade pela zeladoria, controle e promoção da justiça perante os poderes tradicionais, suprindo, por consequência, as deficiências no atendimento dos legítimos interesses da sociedade nos Estados modernos (MOREIRA NETO, 2011, p. 23).

Em suma, no atual estágio de desenvolvimento, existem funções societais neutrais que atuam como contrapoderes constitucionalmente institucionalizados, no desempenho de funções de zeladoria, controle, promoção e defesa da justiça, valendo-se, para tanto, de órgãos com independência funcional na estrutura do Estado (MOREIRA NETO, 2011, p. 24). Eis a lição de Moreira Neto (2011, p. 25) sobre o assunto:

A peculiaridade desses órgãos está em sua natureza híbrida, por serem, simultaneamente, representativos da sociedade, porém investidos de poder estatal independente, condição necessária para exercerem com liberdade técnica e ética as exigidas funções de vigilância, controle, promoção e defesa referidas a

toda gama de interesses protegidos pela ordem jurídica – individuais ou coletivos, particulares ou estatais – atuando articuladamente com os demais órgãos e funções tradicionais entre si.

Assim, pode-se afirmar que as funções essenciais à justiça consistem em funções neutrais constitucionalmente independentes e definidas como essenciais à justiça, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, que atuam sobretudo frente ao Poder Judiciário (MOREIRA NETO, 2011, p. 27).

2 Atribuições e espécies das funções essenciais à justiça

No caso específico das funções essenciais à justiça, restou reservado o poder de provocar a atuação do subsistema jurídico de controle de legalidade do Estado, por meio de funções técnico-jurídicas preventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial (MOREIRA NETO, 1991, p. 35). Aí está o nascedouro das funções essenciais à justiça, que “se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais” (FIGUEIREDO, 1992, p. 88).

A consultoria jurídica busca evitar o surgimento ou a permanência da agressão à ordem jurídica, seja ela comissiva ou omissiva, na seara pública ou privada; já a representação judicial destina-se a suscitar a atuação do Judiciário para a correção ou a inibição da ilicitude (FIGUEIREDO, 1992, p. 88).

No tocante à capacidade postulatória, tendo em vista que o Poder Judiciário não possui funções de consultoria nem tampouco legitimação para agir de ofício na resolução de qualquer tipo de controle de legalidade, cabe às funções essenciais à justiça a tarefa de movimentar o Judiciário (MOREIRA NETO, 1991, p. 36).

Conforme lição de Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1139), dado o princípio da inéria da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o Poder Judiciário só se desincumbe de sua função constitucional mediante provocação de sujeitos estranhos a sua estrutura. Ou seja, a porta de entrada do Judiciário está condicionada, de modo geral, à atuação das funções essenciais à justiça, entes e pessoas a quem a Constituição deferiu, especialmente, capacidade postulatória.

A bem da verdade, não haveria qualquer sentido em se estabelecer um Poder Judiciário inerte, a fim de assegurar sua

imparcialidade, e não instituir entes/agentes capazes de movimentar o Judiciário por meio do direito de ação. Com efeito, fixar em um único órgão as figuras do acusador/solicitador retira a possibilidade de um julgamento imparcial (SILVA NETO, 2006, p. 448).

Mas a responsabilidade das funções essenciais à justiça não está adstrita à porta de entrada do Judiciário ou à consultoria jurídica. Defensoria Pública, Advocacia Pública, Ministério Público e Advocacia Privada são também responsáveis pela porta de saída do Judiciário. É que as funções essenciais à justiça configuram um meio de participação de todas as esferas da sociedade no processo judicial com vistas à realização da justiça propriamente dita, de modo que o escopo primário é a observância de critérios de justiça nas relações interpessoais travadas judicialmente ou extrajudicialmente (ALVES; PEREIRA FILHO, 2014, p. 58).

Por buscarem a concretização no acesso à justiça nas mais diversas perspectivas, não podem as funções essenciais à justiça sofrer limitações ou ingerências de quaisquer órgãos ou entidades. Em outras palavras, é indispensável a autonomia/independência das funções essenciais à justiça para o exercício de suas atribuições.

Daí por que órgãos vinculados ao Legislativo, Judiciário e Executivo não podem interferir na atuação da Advocacia Pública, da Defensoria Pública, do Ministério Público e da Advocacia Privada. Mas não é só. Eventual ingerência de uma função essencial à justiça também não é tolerável, pois retira da entidade a possibilidade de perseguir os interesses que lhe foram confiados tendo em vista apenas a justiça. Tudo isso significa que a independência das funções essenciais à justiça (MOREIRA NETO, 2011, p. 28):

não pode ser limitada no seu exercício, a cargo dos respectivos agentes – enquanto órgãos do Estado – por nenhum ato normativo, legislativo ou administrativo, de qualquer esfera federativa, pois se tal limitação pudesse ser imposta, em última análise se refletiria restritivamente sobre o seu múnus constitucional da sustentação da justiça e resultaria em eventual prejuízo do específico interesse apresentado a qualquer dos órgãos decisórios do Estado.

Decerto, a independência confiada às funções essenciais à justiça serve para que seus membros atuem apenas segundo sua consciência, ou seja, sem submissão hierárquica a qualquer outro ente, a não ser aquela de caráter eventual e burocrático, de

tal sorte que eventual coação sofrida rompe o equilíbrio e a harmonia entre as partes envolvidas na busca da justiça, prejudicando ainda o caráter dialógico do acesso à justiça (MOREIRA NETO, 2011, p. 29-30).

Pois bem. Como todas servem como instrumento do acesso à justiça, seja no tocante à porta de entrada ou de saída, o fator distintivo das espécies de funções essenciais à justiça encontra-se nos interesses tutelados por cada uma.

Nessa esteira, a advocacia privada defende interesses individuais, coletivos e difusos das pessoas e entes integrantes da sociedade civil, isto é, interesses igualmente privados; o Ministério Público defende interesses individuais, coletivos e difusos indisponíveis, indicados em lei, bem como interesses sociais; a Defensoria Pública defende interesses individuais, coletivos e difusos daqueles que a lei reconhece como necessitados; e a Advocacia Pública defende os interesses acometidos aos entes públicos em que se desdobra internamente o Estado, os interesses públicos (MOREIRA NETO, 1991, p. 36 e 38).

Se a diferença entre cada espécie de função essencial à justiça está no interesse tutelado, para aferir a natureza jurídica do advogado da Caixa Econômica Federal, é preciso investigar primeiro quais os interesses perseguidos pela supracitada empresa pública.

3 Caixa Econômica Federal – Regime Híbrido

Segundo o artigo 173 da Constituição Federal, “a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Aí está a norma que autoriza a existência da Caixa Econômica Federal.

E justamente por ser empresa pública estatal exploradora de atividade econômica, a Caixa Econômica Federal, por imperativo constitucional, possui regime jurídico híbrido, isto é, concomitantemente público e privado.

Por um lado, o artigo 173, § 1º, inciso II, e § 2º, da Constituição Federal sujeita a Caixa Econômica Federal ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, bem como obsta que lhe seja concedido privilégio fiscal não extensivo ao setor privado. O desiderato da norma é impedir a concorrência desleal da Caixa Econômica Federal na sua atuação de banco comercial, já que, nesse ponto, a atividade da empresa pública, além do relevante interesse coletivo, também busca o lucro.

De outro giro, o artigo 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal determina à Caixa Econômica Federal a observância do procedimento licitatório na contratação de obras e serviços, compras e alienações, em respeito aos princípios da administração pública. Além disso, em razão do artigo 37, inciso III, da Constituição Federal, os empregados da Caixa Econômica Federal devem ser contratados mediante concurso público. Aí está clara a incidência do direito público.

Mas não é só. Embora grande parte da atuação da Caixa Econômica Federal seja como mero banco comercial, o que atrai a incidência do direito privado, diversas outras atividades são também regidas pelo direito público. De fato, atua dita empresa estatal ainda como agente de políticas públicas, seja na gestão de benefícios sociais, seja na gestão de programas governamentais.

A gestão de benefícios sociais consiste na administração financeira, gestão de cadastros e repasse de recursos financeiros na forma e nas condições estabelecidas pelo programa (AMARAL, 2016, p. 133). São exemplos de benefícios sociais geridos pela Caixa Econômica Federal o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, o Seguro-Desemprego, o Programa de Integração Social.

Já os programas de governo são atividades que envolvem financiamentos, com subsídio ou com incentivo governamental, mas que requerem, para sua concretização, a articulação de esforços públicos e privados (AMARAL, 2016, p. 135). Nesse caso, a Caixa Econômica Federal atua na execução desses programas estritamente naquilo determinado pela lei de regência, sendo restituídos à empresa pública os custos adicionais gerados pela execução do serviço mais uma taxa de lucro condizente, o que não desnatura o caráter público da atuação, porquanto falte autonomia/liberdade na execução dos serviços, haja vista a exaustiva previsão legal das atividades (AMARAL, 2016, p. 135).

Fazem parte dos programas de governo executados pela Caixa Econômica Federal o Programa Minha Casa Minha Vida, o Programa de Arrendamento Residencial, o Fundo de Desenvolvimento Social, o Programa de Aceleração do Crescimento, o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, o Financiamento Estudantil etc.

Há ainda a atividade da Caixa Econômica Federal como mandatária da União nos contratos de repasse, instrumento utilizado para a realização das transferências voluntárias dos recursos do Orçamento Geral da União para outro ente da federação. Nos contratos de repasse, compete à Caixa Econômica Federal a operacionalização do contrato, mediante instrução das proposi-

tas selecionadas, celebração dos contratos de repasse, acompanhamento dos planos de trabalho, vistoria da execução de obras e serviços e disponibilização de dados quanto ao acompanhamento das prestações de conta (AMARAL, 2016, p. 151).

Em todas essas atividades da Caixa Econômica regidas pelo Direito Público, notam-se os seguintes fatores distintivos: ausência de liberdade negocial e autonomia privada, porquanto deve ser feito apenas aquilo estritamente previsto na norma; observância dos princípios administrativos, sobretudo a legalidade administrativa; inexistência de lucro, salvo hipótese da própria lei determinar e quantificar a remuneração pela atividade; busca de objetivos/finalidades do Estado, como moradia, educação, seguridade social, promovendo, assim, bem-estar social.

Fixadas as premissas deste trabalho mediante a conceituação das funções essenciais à justiça, a distinção entre as espécies de funções essenciais à justiça e a identificação dos interesses perseguidos pela Caixa Econômica Federal, pode-se passar agora à análise da natureza jurídica dos advogados da empresa estatal em foco.

4 Advogado da Caixa Econômica Federal: Entre o PÚBLICO e o Privado

Por tudo o quanto já exposto, não há dúvidas de que o procurador da Caixa Econômica Federal possui natureza jurídica de função essencial à justiça, porquanto exerce, com independência, uma função neutral de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, por meio de técnicas jurídicas preventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial.

Disso se infere que devem ser concedidas ao procurador da Caixa Econômica Federal garantias e prerrogativas como a inamovibilidade, a estabilidade, a irredutibilidade de subsídios e a independência funcional etc.; afinal, a independência é elemento constitutivo das funções essenciais à justiça. Só assim o procurador da Caixa Econômica Federal estará devidamente blindado contra o poderio político, econômico e social.

A zona cinzenta da natureza jurídica, entretanto, reside na espécie de função essencial à justiça a que pertence o procurador da Caixa Econômica Federal. Ora, se a distinção das espécies de funções essenciais à justiça está nos interesses tutelados por cada uma, o fato de a Caixa Econômica Federal, na condição de empresa pública prestadora de serviços, perseguir, a depender

do caso, fins públicos ou privados acarreta reflexos na natureza jurídica de seus procuradores.

Seja na consultoria jurídica ou na representação judicial, quando o fim perseguido pela Caixa Econômica Federal é público, como nos procedimentos licitatórios, nos concursos públicos, na gestão de benefícios sociais e de programas governamentais ou ainda na atuação como mandatária da União nos contratos de repasse, o procurador da Caixa Econômica federal será um advogado público, na medida em que defenderá o interesse público.

De outro giro, quando a Caixa Econômica Federal atuar como banco comercial, buscando imediatamente interesses privados, como o lucro, ainda que sua existência seja condicionada ao relevante interesse coletivo, nesses casos o advogado da Caixa Econômica Federal será um advogado privado, pois estará a defender interesses individuais, coletivos e difusos de um ente integrante da sociedade civil, isto é, interesses igualmente privados.

Em outras palavras, se o regime jurídico da Caixa Econômica Federal é híbrido, então a natureza jurídica de seus advogados será igualmente híbrida, haja vista a dualidade público/privado nos interesses tutelados. Portanto, de acordo com a atual roupagem da Constituição Federal, o advogado da Caixa Econômica Federal é, a depender do interesse tutelado, um advogado público ou um advogado privado.

Compreender que o advogado da Caixa Econômica Federal é advogado público ou advogado privado a depender do interesse em questão não é mera distinção acadêmica. Existem consequências importantes daí advindas.

Por exemplo, em sua atuação como advogado público, o procurador da Caixa Econômica Federal deve se valer das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, haja vista o interesse público ali defendido, o que precisa ser urgentemente reconhecido pela legislação e jurisprudência. Já na defesa dos interesses privados da empresa não deve haver qualquer prerrogativa processual.

A dificuldade de se regulamentar o estatuto jurídico do advogado estatal também advém de sua natureza híbrida. Pensar o advogado da Caixa Econômica apenas como advogado público ou apenas como advogado privado é, *data venia*, um erro. Aliás, a Proposta de Emenda Constitucional nº 145/2015 cometeu esse equívoco ao considerar o advogado estatal um advogado apenas público.

A rigor, a supracitada PEC inclui o advogado estatal como espécie de advogado público subordinado administrativa e tecnicamente ao Advogado-Geral da União, com os mesmos direi-

tos, garantias e vencimentos destinados aos membros da Advocacia-Geral da União. No entanto, mesmo a PEC considerando o advogado estatal um advogado público, entende que a ele se aplica o regime jurídico próprio das empresas privadas, ou seja, o regime privado, ressalvando ainda os direitos trabalhistas presentes na Consolidação das Leis do Trabalho.

Não parece a melhor solução. Isso porque, em matéria de crédito comercial, a exemplo de um financiamento automotivo, não há qualquer razão que justifique a subordinação do procurador da Caixa Económica Federal ao Advogado-Geral da União. O interesse nesse caso é estritamente privado, de modo que qualquer interferência do Advogado-Geral da União na atuação do procurador estatal é indevida.

Na espécie, é a própria Caixa Econômica Federal que deve definir sua política de recuperação de crédito, como qualquer outro banco privado o faria. Do mesmo modo, em todas as questões cujo interesse seja privado, haja vista a atuação da Caixa Econômica como banco comercial, qualquer ingerência da Advocacia-Geral da União ou outro órgão/instituição externa será indevida.

Por outro lado, nos procedimentos licitatórios, nos concursos públicos, na gestão de benefícios sociais e de programas governamentais ou ainda na atuação como mandatária da União nos contratos de repasse, a subordinação administrativa e técnica à Advocacia-Geral da União revela-se pertinente, pois nesses casos está presente o interesse público, de modo que tais objetos não devem ser pensados sob a lógica de um banco comercial.

Portanto, a melhor solução é incluir o advogado estatal como nova espécie de função essencial à justiça, buscando-se conciliar da melhor forma possível sua natureza pública ou privada de acordo com o interesse tutelado.

Conclusão

As funções essenciais à justiça são funções societais neutrais que atuam como contrapoderes – isto é, modalidades espontâneas de poder que se opõem ao poder estatal e buscam influir nas mais diversas espécies de litígios – constitucionalmente institucionalizados no desempenho de funções de zeladoria, controle, promoção e defesa da justiça, valendo-se, para tanto, de órgãos com independência funcional na estrutura do Estado.

Assim, restou reservado às funções essenciais à justiça o poder de provocar a atuação do subsistema jurídico de controle de legalidade do Estado, por meio de funções técnico-jurídicas pre-

ventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial.

Dado o princípio da inéria da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o Poder Judiciário só se desincumbe de sua função constitucional mediante provocação das funções essenciais à justiça. A responsabilidade das funções essenciais à justiça não está adstrita à porta de entrada do Judiciário ou à consultoria jurídica, porquanto todas são também responsáveis pela porta de saída do Judiciário na medida em que configuram um meio de participação de todas as esferas da sociedade no processo judicial com vistas à realização da justiça propriamente dita, de modo que o escopo primário é a observância de critérios de justiça nas relações interpessoais travadas judicial ou extrajudicialmente.

Por buscarem a concretização do acesso à justiça nas mais diversas perspectivas, as funções essenciais à justiça não podem sofrer limitações ou ingerências de quaisquer órgãos ou entidades, razão pela qual a autonomia/independência é indispensável ao exercício de suas atribuições.

A nota distintiva entre as funções essenciais encontra-se nos interesses tutelados por cada uma: a advocacia privada defende interesses individuais, coletivos e difusos das pessoas e entes integrantes da sociedade civil, isto é, interesses igualmente privados; o Ministério Público defende interesses individuais, coletivos e difusos indisponíveis, indicados em lei, bem como interesses sociais; a Defensoria Pública defende interesses individuais, coletivos e difusos daqueles que a lei reconhece como necessitados; e a Advocacia Pública defende os interesses acometidos aos entes públicos em que se desdobra internamente o Estado, os interesses públicos.

Nesse contexto, embora grande parte da atuação da Caixa Econômica Federal seja como mero banco comercial, o que atrai a incidência do direito/interesse privado, diversas outras atividades são também regidas pelo direito/interesse público, como as licitações, os concursos públicos, assim como a atuação de dita empresa estatal na gestão de benefícios sociais e de programas governamentais e como mandatária da União nos contratos de repasse.

Em todas as atividades da Caixa Econômica regidas pelo Direito Público, notam-se os seguintes fatores distintivos: ausência de liberdade negocial e autonomia privada, porquanto deve ser feito apenas aquilo estritamente previsto na norma; observância dos princípios administrativos, sobretudo a legalidade administrativa; inexistência de lucro, salvo hipótese de a própria lei determinar e quantificar a remuneração pela atividade; busca de objetivos/finalidades do Estado, como moradia, educação, segurança social, promovendo, assim, bem-estar social.

Diante disso, verifica-se que o advogado da Caixa Econômica Federal integra uma das funções essenciais à justiça, porquanto exerce, com independência, uma função neutral de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, por meio de técnicas jurídicas preventivas e postulatórias, consubstanciadas respectivamente na consultoria jurídica e na representação judicial, razão pela qual devem lhe ser concedidas garantias e prerrogativas como a inamovibilidade, a estabilidade, a irredutibilidade de subsídios e a independência funcional etc.; afinal, a independência é elemento constitutivo das funções essenciais à justiça.

Quando o interesse perseguido pela Caixa Econômica Federal é público, como nos procedimentos licitatórios, nos concursos públicos, na gestão de benefícios sociais e de programas governamentais ou ainda na atuação como mandatária da União nos contratos de repasse, o procurador da Caixa Econômica Federal será um advogado público, na medida em que defenderá o interesse público.

Já quando a Caixa Econômica Federal atuar como banco comercial, buscando imediatamente interesses privados, como o lucro, ainda que sua existência seja condicionada ao relevante interesse coletivo, o advogado da Caixa Econômica Federal será um advogado privado, pois estará a defender interesses individuais, coletivos e difusos de um ente integrante da sociedade civil, isto é, interesses igualmente privados.

Portanto, de acordo com a atual roupagem da Constituição Federal, o advogado da Caixa Econômica Federal é, a depender do interesse tutelado, um advogado público ou um advogado privado.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- ALVES, Cleber Francisco; PEREIRA FILHO, Ricardo de Mattos. Considerações Acerca da Natureza Jurídica da Defensoria Pública. In: RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti; REIS, Gustavo Augusto Soares dos. (Org.). **Temas Aprofundados Defensoria Pública**. Vol 2. Salvador: Juspodivm, 2014. p. 57-84.
- AMARAL, Marcelo Quevedo do. Caixa Econômica Federal: função social e atribuições na execução de políticas públicas e do Orçamento Geral da União. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, nº 23, p. 105-163, 2016.
- FIGUEIREDO, Digo de. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, nº 116, p. 79-102, out./dez. 1992.

FRANKLIN, Élida Fabrícia Oliveira Machado. A Advocacia em Estatais e o Novo Código de Ética e Disciplina da OAB. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, nº 23, p. 201-212, 2016.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Filmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5^a ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça na Constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro, nº 43, p. 31-40, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Funções Essenciais à Justiça e Contra-Poderes. **Revista da AGU**, Brasília – DF, ano IX, nº 27, jan./mar. 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.

O ato negocial: breves reflexões sobre as teorias da manifestação de vontade das partes

Gustavo Tanger Jardim

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Direito Civil pela UniRitter/RS
Especialização em Direito na Università degli
Studi di Sassari/Itália
Pós-graduado em Direito e Processo do
Trabalho pela UNIDERP
Pós-Graduado em Gestão de Pessoas pela UniRitter/RS*

RESUMO

O artigo aborda a interpretação do ato negocial à luz das principais teorias de manifestação de vontade. A ideia do estudo é contribuir para o desenvolvimento da Justiça aprofundando a pesquisa sobre a declaração da vontade nos negócios jurídicos. Para atingir tal escopo, será examinado o tema à luz da teoria geral do Direito Civil, analisando-se a doutrina e as legislações estrangeiras. Para consolidar as conclusões obtidas, o estudo abordará precedentes jurisprudenciais como forma de auxiliar no entendimento das percepções do Poder Judiciário sobre a validade da manifestação de vontades na formação do ato negocial.

Palavras-chave: Negócios jurídicos. Manifestação da vontade. Teorias. Formação do ato negocial.

RIASSUNTO

L'articolo cerca di affrontare l'interpretazione dei negoziati alla luce delle principali teorie della manifestazione volontà. L'idea dello studio è quello di contribuire allo sviluppo di giustizia approfondire la ricerca sulla dichiarazione di volontà in negozi giuridici. Per raggiungere questo scopo, la questione sarà esaminata alla luce della teoria generale del diritto civile, analizzando la dottrina e leggi straniere. Per consolidare i risultati ottenuti, lo studio affronterà la giurisprudenza precedente, per facilitare la comprensione delle percezioni giudiziarie circa la validità della manifestazione della volontà nella formazione di atto contrattazione.

Parole chiave: Negozi Giuridici. Dichiarazione di Volontà. Teorie. Formazione di atto negoziale.

Introdução

O presente artigo busca aprofundar o estudo sobre os elementos dos negócios jurídicos, de modo especial, as teorias doutrinárias sobre a manifestação da vontade que, de alguma forma, acabaram influenciando o ordenamento civil, conferindo os contornos da validade da manifestação de vontade na celebração do ato negocial.

Importante destacar que a vontade real idealizada em um negócio jurídico – ou seja, o elemento volitivo de sua constituição – pode não refletir exatamente aquilo que foi declarado. Contudo, as relações negociais exigem estabilidade, e a vontade interna não pode superar a sua declaração no ato negocial. Ensina Pontes de Miranda (1970, p. 384):

[...] o querido esteja na manifestação; o que não foi manifestado não entra no mundo jurídico; o simples propósito, que se não manifestou, não pode servir para a interpretação.

Sem avançar no ponto central da discussão, certo é que, embora existam diversos entendimentos sobre o tema, não há uma resposta uníssona sobre qual das correntes de pensamento é a mais adequada, se a *Willenstheorie* (Teoria da Vontade), a *Erklärungstheorie* (Teoria da Declaração), a Teoria da Responsabilidade ou a *Vertrauenstheorie* (Teoria da Confiança). Por isso, uma detida análise dos argumentos dos expoentes que defendem cada uma das teorias seguramente enriquecerá o acalorado debate que permeia o nosso cotidiano.

Mas não é apenas por esse motivo que o assunto merece reflexão e uma pesquisa mais aprofundada. Como observamos na maioria dos escritos sobre o ponto, diversos deles apresentam traços de uma codificação ultrapassada, enredada pela Dogmática Jurídica que presidiu a elaboração do Código de 1916, própria de uma sociedade ainda em fase pré-industrial.

Com o advento do Código Civil de 2002, que traz na exposição de motivos a preocupação com a validade e eficácia dos atos e negócios jurídicos, surge a necessidade de uma releitura dos antigos escritos sobre negócios jurídicos e, de modo especial, sobre a validade da manifestação da vontade interna do contratante. De acordo com esse texto, devemos ter em mente que o ordenamento civil inaugura um novo preceito que deve condicionar todo o processo hermenêutico da formação dos negócios jurídicos, pautado pela boa-fé das partes. Afirma-se que esse novo preceito, dispensável, talvez, sob o enfoque de uma

estreita e ultrapassada compreensão positivista do Direito, seria, por outro lado, “essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica” (BRASIL, 2002, p. 44).

Assim, a situação, agora sob a ótica de uma nova realidade ética, exige uma leitura mais atenta sobre a validade da manifestação de vontade na celebração dos atos negociais, bem como a valorização da forma como essa vontade é declarada entre os contratantes. Para atingir tal escopo, a ideia é examinar o tema à luz da teoria geral do direito civil, analisando a doutrina e as legislações estrangeiras sobre as teorias aplicáveis à validade da manifestação de vontade das partes.

Destarte, os objetivos do texto são os de situar as teorias sobre a importância da manifestação da vontade nos negócios jurídicos e de apontar para conclusões que, de modo concreto, possam enriquecer o tema no redesenhado ordenamento civil brasileiro.

1 Teoria da Vontade (*Willenstheorie*)

A fim de um aprofundamento acerca do estudo da manifestação de vontade na formação do ato negocial, é necessária uma análise preliminar sobre as diversas teorias a respeito de divergências entre o elemento interno e o externo da declaração de vontade, com o escopo de compreender o tema de forma ampla.

Primeiramente, sendo o contrato um negócio jurídico de fundo volitivo, importante tecer algumas considerações acerca da teoria subjetiva. Pois bem, a vontade pode ser reconhecida como a faculdade de representar mentalmente um ato que pode ou não ser praticado em obediência a um impulso ou a motivos ditados pela razão. Grosso modo, é o que leva alguém a atingir o escopo proposto por essa faculdade, é uma aspiração.

Juridicamente podemos afirmar que a vontade revela a própria intenção ou o desejo de se fazer alguma coisa. Dessa forma,

“a vontade se identifica com o próprio consentimento, sendo o ato de volição que atribui às ações do homem o valor jurídico de que necessitam para serem legítimas e produzirem efeitos desejados” (SILVA, 2003, p. 1495).

Rao (1961, p. 22) entende que a vontade manifestada ou declarada possui no universo jurídico poderosa força criadora:

É a vontade que, através de fatos disciplinados pela norma, determina a atividade jurídica das pessoas e,

em particular, o nascimento, a aquisição, o exercício, a modificação ou a extinção de direitos e correspondentes obrigações, acompanhando todos os momentos e todas as vicissitudes destas e daquelas.

De posse desses conceitos, podemos partir para o estudo da Teoria da Vontade, a qual a privilégia como sendo a livre manifestação com eficácia legal e que produz efeitos jurídicos. Por isso, importante dizer que, no mundo jurídico, a vontade – além de consciente – deve estar livre dos vícios ou defeitos que possam anulá-la.

Conforme a Teoria da Vontade (*Willenstheorie*), sistematizada por Savigny, a essência do negócio jurídico encontra-se no querer individual. Couto e Silva (1997, p. 74) ensina que “no século XIX, Savigny elaborou a teoria da vontade, fundamentando-a no Direito Romano pós-clássico ou justinianeu, onde estabeleceu o primado da vontade sobre a declaração”. Gentili (1982, p. 8) complementa que “la teoria com a capo il Savigny vede l'elemento prevalente del negozio giuridico nella volontà”.

Dessa forma, o que realmente interessa na visão dessa teoria é a vontade do autor da declaração negocial e “esta, portanto, opera apenas como instrumento de revelação daquela” (TEODORO JÚNIOR, 2002, p. 314). Por isso, logicamente, “a vontade é o fator essencial para a criação, modificação e extinção de direitos e obrigações, sendo, por si só, importante e eficaz” (SAVIGNY, 1945, p. 103).

Assim, quando existe alguma anomalia na formação da vontade interna, há um vício que ataca o negócio jurídico – que não ganha eficácia –, “pois a vontade que lhe dá vida, no caso, não existiu” (RODRIGUES, 1959, p. 53). Segundo a *Willenstheorie*, deve existir a coincidência entre o elemento interno (vontade real) e o elemento externo (vontade declarada). Exatamente por isso que ela nega a possibilidade de existência de conflitos entre a vontade e a declaração. Consequentemente, qualquer divergência entre a vontade e a declaração não deve ter relevância para o Direito, pois não seria natural.

Contudo, essa teoria voluntarista originou-se em um período de individualismo exacerbado, em que o entendimento era o de que a interpretação dos negócios jurídicos deveria privilegiar a vontade humana como elemento criador dos atos jurídicos, deixando em desamparo aquele a quem a declaração se dirigia ou todos os demais que confiaram na verdade daquela manifestação.

Por tais razões, esse entendimento de ampla proteção da vontade interna não foi bem aceito no mundo jurídico, tendo

em vista o alto risco de ferir a segurança das relações negociais. Entende Teodoro Júnior (2002, p. 314):

Se de um lado existe o interesse do declarante que praticou o negócio jurídico e que deseja preservar a pureza de sua vontade; de outro, há o interesse do meio social, onde o negócio jurídico estabelece uma expectativa de que a declaração de vontade produzirá os efeitos programados, não podendo, razoavelmente, aceitar que, por motivos íntimos do declarante, se estabeleça o perigo da sua fuga da obrigação assumida.

Pereira (1991, p. 341) também assevera que, “quando se cogita pesquisar a vontade no negócio jurídico, tem-se de mergulhar no psiquismo do agente, porque é ali que nasce o seu pressuposto de fato, isto é, a emissão da vontade”. O problema é que a discussão sobre divergência entre a vontade real e a declaração se dá em âmbito jurídico, e se apresenta extremamente difícil ao julgador realizar essa equação hermenêutica.

Por causa da falta de certeza do que se passa no psiquismo do declarante é que se justifica a necessidade de repensar essa teoria. No caso, existe a imperiosa necessidade de tutelar a boa-fé do contratante que poderia sofrer com o desfazimento de um negócio, sob o frágil argumento de um imprevisto desacordo entre a declaração e a vontade.

2 Teoria da Declaração (*Erklärungstheorie*)

De forma completamente oposta à ideia dos subjetivistas, foi criada a teoria da declaração, idealizada pelos juristas alemães do século XIX, tendo Oskar Bülow como um de seus defensores (COUTO E SILVA, 1985, p. 241). Segundo Couto e Silva (1997, p. 76), “a teoria da declaração tem seu ponto de partida no fato de que, em certos casos (considerados excepcionais pela teoria da vontade), tais como o do uso de tráfico, os de comércio e o princípio protetor dos contraentes de boa-fé, a vontade não prevalece”.

A busca, como assevera Galgano (1992, p. 56), era traçar contornos mais seguros e objetivos ao negócio jurídico:

con la teoria della dichiarazione, um processo di oggettivazione dello scambio, il quale tende a perdere parte dei suoi originari caratteri di volontarietà. Questo processo si svolge entro la categoria del negozio giuridico, che sul processo esercita un effetto frenante.

A teoria da declaração evoluiu internamente, apresentando dois momentos distintos: um primitivo, embasado nas conformidades precisas e literais da declaração, e outro mais moderno, mais voltado para o sentido que beneficiasse o destinatário da manifestação de vontade. Como ensina Nery Júnior (1983, p. 11):

o fundamento dessa teoria reside no fato de que, em se atribuindo maior valor à declaração, ter-se-ia maior segurança e estabilidade nas relações jurídicas e proteger-se-iam os terceiros de boa-fé, que confiaram no conteúdo do que foi efetivamente declarado para a celebração do negócio jurídico.

Os seus adeptos sustentam que, uma vez declarada formalmente a vontade, esta se separa daquela e assume independência, de tal sorte que ao direito somente interessa o fenômeno jurídico estampado na declaração.

A ideia, fundamentalmente, está na busca de uma feição mais objetiva ao negócio jurídico, em que “a vontade interna nada significa sem a exteriorização, o que faria dessa não mero acidente, mas verdadeira essência do negócio” (SILVA, 2001, p. 16). Com ponderação ímpar ao tema, ensina Ferrara (1999, p. 25):

considerar-se exclusivamente a vontade do agente conduz ao sacrifício sistemático dos interesses do público, isto é, de todos que entabulam relações contratuais, que não poderão nunca ter confiança na relação estabelecida, posto que lhes aparecerá sempre como que em estado de suspensão e incerteza, exposta à ameaça contínua de que em qualquer momento seja derrubada e declarada nula, por uma divergência que nem pode examinar-se, nem prever-se entre a manifestação e a intenção do declarante. [...] Desse modo, desaparece a boa-fé das relações sociais, a palavra dada transforma-se numa coisa vã e insinua-se no comércio jurídico uma desconfiança que perturba profundamente toda a sua organização.

Seguindo a lógica linear pregada pelos adeptos da Teoria da Declaração, qualquer solução de conflitos envolvendo a vontade interna e a vontade declarada deveria ser feita no sentido de prevalecer, obviamente, a vontade declarada. Seguindo essa corrente de pensamento, o intérprete ficaria completamente engessado e proibido de buscar qualquer indagação sobre a vontade íntima do declarante.

3 Teoria da Responsabilidade

Defendida por Windscheid, Chironi, Mazzoni, Carrara, entre outros, surgiu a Teoria da Responsabilidade, que buscava uma harmonização entre a Teoria da Vontade e a Teoria da Declaração. Trilhando um caminho intermediário, essa corrente teórica buscava justificar a invocação do vício de consentimento quando não houvesse má-fé ou culpa. Sobre essa teoria, ensina Branco (2003, p. 131): “Identificam-se, ainda aqui, traços da concepção individualista do negócio, que, embora atenuados, ameaçam, de acordo com os seus opositores, a confiança de que depende o ato jurídico, bem como a própria estabilidade no comércio”.

Veloso (2004, p. 43) assevera que essa terceira corrente teórica “pretendeu colocar limites aos exageros de uma e outra – nem só a vontade, considerada em seu elemento subjetivo ou intencional, nem só a declaração, ou seja, a vontade encarada unilateralmente em sua expressão externa e objetiva”.

Como se pode observar, essa moderna corrente teórica buscou dirimir os conflitos existentes entre as divergências de vontade e declaração inserindo novos ingredientes na solução de possível conflitos: a culpa ou o dolo do declarante ou a sua boa-fé. Cabe ressaltar que, assim como as outras teorias estudadas, a Teoria da Responsabilidade não conseguiu escapar da dualidade de elementos, a vontade e a declaração. Nery Júnior (1983, p. 10) afirma que:

Faltando a vontade, o ato será nulo ou anulável. Com exceção à regra aqui estabelecida, e, fundamentando a sua construção na responsabilidade, os sequazes da teoria aqui analisada entendem que, se houver culpa (ou dolo) do declarante de boa-fé (ausência de culpa ou dolo) do declaratário, o ato será válido. Tal posição tem uma séria objeção: a culpa do declarante convalida seu próprio ato.

Em suma, ainda que seja possível observar uma tímida evolução em relação aos conceitos rígidos até então desenvolvidos, segundo essa teoria é possível concluir que o negócio jurídico é resultado da vontade, e, assim sendo, esta deveria prevalecer sobre a declaração.

4 Teoria da Confiança (*Vertrauenstheorie*)

Com o passar do tempo, ainda havia diversos doutrinadores que não conseguiam se colocar ao lado da Teoria da Responsa-

bilidade porque entendiam que ela não respondia de forma satisfatória às diversas situações da vida jurídica, muito embora reconhecessem que já se havia feito "notável progresso no sentido de se garantir a segurança nas relações negociais" (VELOSO, 2004, p. 44).

Se a Teoria da Responsabilidade abrandava a *Willenstheorie*, mas preservava a importância da vontade na formação do negócio jurídico, a Teoria da Confiança se entrega ao mesmo raciocínio, só que em relação à Teoria da Declaração. Sustentada, entre outros, por Gianturco e Pachioni, a Teoria da Confiança asseverava que, na "hipótese de desacordo entre a vontade e a declaração, não se pode, sem outras considerações, dar valor à aparência da vontade, porque, de outro modo, para não se favorecer a má-fé do declarante, corre-se o risco de fomentar a má-fé da outra parte" (VELOSO, 2004, p. 44).

Esse moderno endereço doutrinário que introduz o princípio da confiança permite um abrandamento do eterno confronto entre a divergência da vontade e da declaração. Ensina Pietrobon (1990, p. 3): "*in effetti, com il principio dell'affidamento si tende a porre il problema in maniera diversa, sfuggendo all'alternativa tra volontà e dichiarazione*". Larenz (1985, p. 92) ressalta o papel da confiança nos negócios jurídicos:

En el ámbito de la regulación del negocio jurídico, el principio de la confianza juega por lo pronto un papel importante en la interpretación de las declaraciones dirigidas a un destinatario determinado. Este puede haber entendido la declaración de un modo diferente al que le daba el declarante [...] consequentemente, hay que interpretar la declaración en este sentido (interpretación según el horizonte de compresión del destinatario).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Nery Júnior (1983, p. 11) afirma categoricamente:

Segundo a teoria da confiança, em havendo divergência entre a vontade e a declaração, deve esta prevalecer sobre aquela porque, via de regra, o declarante deve responder pela *confiança* que o declaratário nele depositou ao contratar. No entanto, se o declaratário confiou indevidamente, agindo por negligência, má-fé, dolo ou culpa, aí sim coloca-se de lado a declaração propriamente dita, e resolve-se o conflito buscando interpretar a vontade interna do declarante. Por seu maior grau de ponderabilidade e de obtemperança dos rigores das teorias da vontade pura e da declaração pura, a teoria da confiança vem

alcançando, cada vez mais, grande prestígio entre os sistemas jurídicos e doutrinadores modernos.

Podemos destacar que esse prestígio da *Vertrauenstheorie* que Nery Júnior afirma existir é bem evidente, tanto é que marcou presença no Código Civil Português de 1867 e se confirmou no novo Código de 1966.

5 O necessário cotejo entre as teorias da manifestação da vontade

Pode-se observar que, no momento em que se aprofunda o estudo sobre as diversas correntes teóricas, o ponto nevrágico da discussão não foge de acalorado debate a respeito das divergências entre o elemento interno ou vontade real e o elemento externo ou vontade declarada de uma declaração de vontade.

O grande problema que se encontra nesse tipo de discussão é que a vontade, por si só, não é capaz de produzir efeitos jurídicos e, dependendo da forma como ela foi declarada, pode acabar por gerar efeitos jurídicos completamente indesejados. Por isso, não se pode fugir de um abrangente estudo não só jurídico mas também filosófico do caso que envolve a declaração dessa vontade.

Dessa forma, a tão discutida divergência gravita em torno de duas situações: se a divergência entre a vontade real e a vontade declarada era proposital ou não proposital. Como exemplos de modalidade intencional dessa divergência temos a “reserva mental e a simulação” (NERY JÚNIOR, 1983, p. 12). De forma oposta, podemos citar, como exemplo de divergência não intencional entre a vontade real e a declarada, o erro e a troca de palavras. Cabe ressaltar que, em caso de erro, a vontade declarada deve ser a do tempo da realização do negócio e não se deve confundir com retratação. Como leciona Couto e Silva (1997, p. 75):

a presunção jurídica, embora vencível, é a de que a declaração expressa a vontade. O princípio da seriedade negocial, da boa-fé, os próprios fundamentos do direito contratual, assim exigem. Por esses mesmos fundamentos não se anulam os negócios jurídicos quando a declaração é feita com reserva mental.

De qualquer forma, a ideia é fazer uma análise crítica das correntes teóricas aqui apresentadas, de modo a possibilitar uma compatibilização entre elas e procurar resolver as situações que

apresentam divergências entre a vontade real e a vontade declarada, que seja intencional, que seja involuntária.

Primeiramente, cumpre analisar a resposta da questão sobre a ótica da Teoria da Vontade. Como não poderia deixar de ser, a aplicação dessa teoria pura apresenta óbices intransponíveis ao sistema adotado por nosso ordenamento civil. São dois os mais relevantes, de acordo com Nery Júnior (1983, p. 12):

a) a insegurança das relações jurídicas; b) necessidade de resguardar-se a boa-fé por parte de terceiros. É de notar-se que os próprios voluntaristas proclamam a irrelevância da reserva mental, propondo uma revisão no conceito de vontade, substituindo a 'vontade psicológica' pela 'vontade jurídica que, em certa medida, resulta a declaração'.

Da mesma forma, lembra Ferrara (1999, p. 25) do problema que a aplicação da teoria volitiva pode causar à segurança das decisões jurídicas se elas tiverem que embasar-se em fatos internos ultrassensíveis e psicológicos, e completa: "o mundo dos fatos não pode governar-se pela psicologia pura".

Porém, não se pode admitir que a vontade seja, em hipótese alguma, esquecida ou desprezada. O ponto de ajuste não é esse. Não existe a menor dúvida de que a vontade exerce um papel de extrema importância na interpretação do negócio jurídico, porém a importância capital a ela atribuída pela *Willenstheorie* é que não deve ser levada em consideração. Tanto é assim que já se observava da inteligência do artigo 85 do Código Civil de 1916, que asseverava que nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem. A ideia foi repetida em termos semelhantes no artigo 112 do Código Civil de 2002.

O que se pode observar é que "a vontade tem papel importantíssimo no negócio jurídico como fonte normativa de auto-regulamentação de interesses. Contudo, a vontade só passa a ser conhecida com a sua declaração" (VENCESLAU, 2002, p. 188). Por isso, de igual importância é a análise dos defeitos e das virtudes da Teoria da Vontade, e a análise da Teoria da Declaração.

A *Erklärungstheorie*, nos mesmos moldes da crítica à Teoria da Vontade, se levada ao extremo, engessaria de forma exagerada as relações jurídicas. Admoesta Ferrara (1999, p. 27):

Eliminando a investigação subjetiva e tornando decisiva a fórmula da declaração, abre campo à dialética, às cavilações e aos imbróglios, para o que são apro-

veitadas sofisticamente as palavras empregadas: os menos inteligentes breve serão vítima dos mais astutos, que saberão utilizar-se do equívoco. Já se notou, noutro tempo, que o *rigor* é o terreno próprio e adequado para a *captio*.

A crítica mais severa que sofre essa corrente teórica é que, como o foco está voltado única e exclusivamente para o declaratário e o declarante restaria completamente desamparado, isso “reduz o negócio jurídico a um manequim sem vida, contra a sua natureza de ato de vontade” (BRANCO, 2003, p. 131). Dessa forma, a Teoria da Declaração não consegue solucionar todos os conflitos originados na vida moderna.

Criticando frontalmente a grande discussão instalada entre aqueles que privilegiam a vontade interna em detrimento da declaração, Azevedo (2002, p. 82) acredita que tanto a teoria objetiva como a subjetiva possuem um grande equívoco inicial, qual seja, “ambas admitem a existência de dois elementos no negócio jurídico: a vontade e a declaração, divergindo somente quanto à prevalência de um ou de outro. Ora, não há dois elementos, mas apenas um, e este é a declaração de vontade”.

A Teoria da Responsabilidade também merece ponderações por não oferecer uma orientação segura para solução de possíveis conflitos. Essa teoria “deixa sem a total e devida proteção os terceiros alheios ao negócio jurídico, bem como o declaratário que só teria perdas e danos” (FERRARA, 1999, p. 27).

A Teoria da Confiança, salvo melhor juízo, é uma das que melhor atende aos interesses do declaratário, declarantes e terceiros. Essa corrente teórica, festejada pelo Código Civil italiano, consegue observar o processo de formação do negócio jurídico. Ferrara (1999, p. 28) ressalta “o sentido de que o decisivo é a totalidade da conduta exterior do sujeito de direito, que envolve uma valorização de toda atividade do declarante, em relação com as circunstâncias externas”.

Essa linha de pensamento, nas palavras de Santoro-Passarelli (1954, p. 130), encontra a sua justificativa ético-jurídica no risco, não pela declaração em si, mas pela confiança de que essa declaração seja objetivamente idônea a se determinar concretamente. Porém, a percepção que melhor sintetiza a ideia trazida pela corrente teórica da confiança é a de Vicenzi (2007, p. 403):

A necessidade de segurança das relações jurídicas impõe o estabelecimento de um ambiente negocial de confiança recíproca, implicando compromisso de agirem as partes com lealdade e honestidade de propósitos. O dever de transparência e clareza da declara-

ção, portanto, é vital para o sucesso da vinculação estabelecida, de modo a afastar possíveis divergências existentes, impedindo, assim, que um dos sujeitos da relação confie inutilmente na validade e eficácia do negócio.

Ocorre que, conforme a linha de interesse deste trabalho, a ideia principal é buscar a harmonização entre as correntes teóricas aqui apresentadas de forma a encontrar a melhor aplicação na formação do ato negocial. Cabe ressaltar que, tendo em vista a riqueza das relações negociais existentes, nem sempre é fácil encontrar uma solução única e correta para possíveis divergências existentes.

A título de ilustração, podemos citar o caso de um negócio jurídico gratuito ou um negócio jurídico unilateral, em que resta evidente que a vontade interna possui imenso valor, de forma a sobrepujar os outros elementos que dão vida ao negócio jurídico. Por outro lado, existem situações em que o conteúdo da declaração deverá ser levado em consideração de forma predominante, tendo em vista a inteligência do já citado artigo 112 do Código Civil de 2002. Contudo, vale lembrar os ensinamentos de Andrade (1997, p. 255):

Indagar qual dessas teorias deve prevalecer, ou seja, se a vontade interior deve prevalecer sobre a vontade declarada ou a vontade declarada deve prevalecer sobre a vontade interior, é uma pergunta que não pode ser pelo direito, vez que qualquer uma das opções será juridicamente admissível.

Por isso, antes de uma conclusão definitiva sobre a teoria que deve prevalecer na formação do ato negocial, é necessário que o intérprete faça uma detida análise da riqueza dos elementos, conceitos e situações que envolvem o caso concreto, harmonizando-os com as diretrizes teóricas que enriqueceram a letra do ordenamento civil atual, mormente a boa-fé na formação das relações negociais.

6 A boa-fé objetiva como elemento harmonizador das manifestações de vontade

Para não reduzir a presente discussão a um mero debate acadêmico, com poucos efeitos práticos, não há como deixar de analisar o tema sem interligá-lo com a boa-fé objetiva e considerando as lentes com as quais o Poder Judiciário enxerga a celeuma.

Em primeiro lugar, cabe atentar para o fato de que a boa-fé objetiva constitui um verdadeiro supraprincípio do Direito, segundo o qual as pessoas devem pautar o seu comportamento dentro de um padrão ético de lealdade. Ao celebrar negócios jurídicos, devemos agir pensando no outro, refletindo sobre seus direitos e deveres, idealizando o cumprimento da obrigação de boa-fé. Ensina Aguiar Júnior (2004, p. 244):

As pessoas devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contrahendo*); e devem também comportar-se lealmente no desenvolvimento das relações jurídicas já constituídas entre elas. Este dever de comportar-ser segundo a boa-fé se projeta nas duas direções e se estende tanto aos direitos como deveres. Os direitos devem exercitar-se de boa-fé; as obrigações têm de cumprir-se de boa-fé.

Contudo, a experiência forense mostra muitos casos em que um dos contratantes procura a rede bancária buscando crédito e, respeitando o consensualismo imprescindível às avenças, aceita as condições sob as quais o pacto se desenvolverá, manifestando sua vontade de forma livre e desembaraçada de qualquer vício de consentimento.

Infelizmente, não são raros os casos em que o contratante, após manifestar sua vontade e aderir a um contrato de mútuo, por exemplo – conhecendo os juros e demais encargos fixados –, olvida-se de que do instrumento emanam direitos e deveres, e não apenas benesses que lhe favorecem. Geralmente esse tipo de contratante, após receber todas as vantagens da contratação, ingressa em inadimplência, sob a mera alegação de que ocorreram vícios de consentimento que macularam a sua declaração de vontade, violando o previsto no artigo 112 do Código Civil.

Esse argumento, por óbvio, não deve macular a contratação, visto que as cláusulas gerais de boa-fé previstas nos artigos 113 e 422 do Código Civil exigem dos contratantes que devem guardar na execução e na conclusão do contrato os princípios de probidade e boa-fé. O Tribunal Regional Federal da 4^a Região entende que o vício na manifestação de vontade deve ser cabalmente comprovado (BRASIL, 2010):

Embargos à Execução. Contratos Bancários. Empréstimo/financiamento de Pessoa Jurídica. Nulidade da execução. Vício de consentimento. Revisão geral da dívida. Requisitos do título executivo. Sentença *extrapatita*. Capitalização dos juros remuneratórios. Tabela *price*. Capitalização da comissão de permanênc-

cia. 1. A parte que alega a ocorrência de vícios de consentimento a macular a sua declaração de vontade quando da celebração do negócio jurídico deve demonstrar de forma cabal como estes se deram, não bastando apenas suscitar os na defesa da sua tese.

Em outros casos também já identificados pelos Tribunais, o contratante declara de forma equivocada seu estado civil, omitindo que vive em união estável. Após a contratação, alega a nulidade do contrato assinado em virtude da ausência de outorga uxória. Com a devida vênia, o exemplo referido ataca a confiança depositada nas declarações e fere frontalmente a boa-fé-objetiva dos negócios jurídicos, tão prestigiada no Ordenamento Civil.

Em casos como esse, não se olvida que as uniões estáveis são equiparadas ao matrimônio por força de lei. Ocorre que a ausência de exigências formais para a constituição desse modo de entidade familiar não pode ser invocada para justificar a inadimplência do devedor, ainda mais quando colide com sua declaração no contrato. Observe-se que os tribunais não estão afastando a higidez do negócio jurídico (BRASIL, 2013):

CONTRATO BANCÁRIO. FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES. FIANÇA. UNIÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE OUTORGА UXÓRIA. 1. A comprovação da união estável incidentalmente, em autos de nulidade de fiança, não produz efeitos de reconhecimento de relação futura, em face da incerteza quanto à manutenção do relacionamento do casal. 2. Se, quando da celebração do negócio, o fiador presta a garantia de forma livre e espontânea e informa estado civil que permite a sua assinatura sem concordância de outrem, o contrato não resta maculado, eis que sendo a união estável instituto que tem como requisito o ânimo subjetivo de constituição de família, o próprio fato de o fiador ter declarado outro estado civil já a desnatura, na medida em que significa que o contraente, de presumível boa-fé, conferia, ao menos na data da assinatura, ao relacionamento com a demandante, outro status que não o *affection maritalis* essencial para a configuração da união estável.

Por derradeiro, é importante alertar para o fato de que, tão importante quanto a exteriorização da vontade e a sua harmonização com as teorias que explicam a validade dessa declaração, deve existir a boa-fé do contratante para que as partes possam dar andamento à correta marcha contratual. Dessa forma, todos os direitos e obrigações que emanam da declaração

da vontade posta no instrumento contratual serão prestigiados e atingidos, de forma que a assunção da obrigação seja vista como um processo que se inicia desde a fase pré-contratual, percorrendo a lealdade e boa-fé na hora da declaração da vontade, bem como o desenvolvimento do negócio, do qual emanam direitos e deveres até sua total conclusão.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor.** 2^a ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica.** Coimbra: Almedina, 1997.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico:** existência, validade e eficácia. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em torno dos vícios do negócio jurídico – a propósito do erro de fato e do erro de direito. In: MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NETTO, Domingos Franciuli. (Coord.). **O novo código civil:** estudos em homenagem ao professor Miguel Reale. São Paulo: LTr, 2003.
- BRASIL, Novo Código Civil. **Novo Código Civil:** exposição de motivos e texto sancionado. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.
- _____. Tribunal Regional Federal da 4^a Região. Apelação Cível nºº 200870030018688, Apelante/Apelado: Carrenho e Scarpini LTDA. Apelante/Apelado: Caixa Econômica Federal. Relatora: Maria Lúcia Luz Leiria, julgado em 24 mar. 2010.
- _____. Tribunal Regional Federal da 4^a Região. Apelação Cível nºº 5007041-71.2012.404.7110. Apelante: Eliane de Jesus Silveira. Apelado: Caixa Econômica Federal. Relator: Luís Alberto D'azevedo Aurvalle. Julgado em 3 jul. 2013.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. Negócio jurídico e negócio jurídico de disposição. In: FRADERA, Vera de. (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. Para uma história dos conceitos no direito civil e no direito processual civil (a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e Oskar Bülow). **Revista de Processo**, nº 37, 1985.
- FERRARA, Francisco. **A simulação dos negócios jurídicos.** Campinas: Red Livros, 1999.
- GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico in germania e in italia. In: GALGANO, Francesco; FERRARI, Franco. (Org.). **Atlante di diritto privato comparato.** 3^a. ed. Bolonha: Zanichelle, 1992.
- GENTILI, Aurélio. **Il contratto simulato:** teoria della simulazione e analisi del linguaggio. Torino: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1982.

- LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Luis Díez-Picazo (Trad.). Madrid: Editorial Civitas S.A., 1985.
- NERY JÚNIOR, Nelson. **Vícios do ato jurídico e reserva mental**. São Paulo: RT., 1983.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Insti-tuições de direito civil**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. vol. I.
- PIETROBON, Vitorino. **Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico**. Padova: CEDAM, 1990.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3^a ed. Rio de Janeiro: Borosi, 1970.
- RAO, Vicente. **Ato Jurídico**. São Paulo: Max Limonad., 1961. 3^a tiragem.
- RODRIGUES, Sílvio. **Dos defeitos dos atos jurídicos**. 2^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1959. 1.V.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Dottrine generali del diritto civile**. Napolit: CEDAM, 1954.
- SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **Traité de droit romain**. Paris: Firmin Dodot, 1945. t. III.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- SILVA, Luiz Renato Ferreira da. **Revisão dos contratos**: do código civil ao código do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- TEODORO JÚNIOR, Humberto. **Se-minário de Estudos sobre o novo Código Civil**: informativo especial. Belo Horizonte: EJEF, 2002.
- VELOSO, Alberto Júnior. **Simula-ção** - aspectos gerais diferenciados à luz do Código Civil de 2002. Curitiba: Juruá, 2004.
- VENCESLAU, Rose Melo. O negócio jurídico e suas modalidades. In: TEPEDINO, Gustavo. (Org). **A Par-te Geral do Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 177-200.
- VICENZI, Marcelo. A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no código civil e no código de defesa do consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord.). **A nova crise do contra-to**. São Paulo: RT, 2007.

Dos embargos de declaração – uma abordagem *lato sensu* acerca das inovações trazidas com o Novo CPC –, dos efeitos interruptivo, suspensivo, modificativo, prequestionador e do caráter protelatório do recurso

Elizabeth Agra Duarte de Lima

*Advogada do Banco do Brasil no
Rio Grande do Norte*

*Pós-graduação lato sensu em Direito do Trabalho e
Processo do Trabalho pela Instituição
LFG – Luiz Flávio Gomes*

*Pós-graduação lato sensu em Processo Civil no
Centro Universitário Internacional – UNINTER*

RESUMO

O presente artigo científico apresenta como objetivo fazer uma abordagem *lato sensu* acerca das características inerentes ao recurso de Embargos de Declaração, dando ênfase aos seus efeitos no andamento do processo, bem como às alterações normativas introduzidas pela Lei 13.105/15. Buscou-se discorrer, de forma comparativa, acerca das alterações inseridas pelo Código de Processo Civil de 2015 e ao mesmo tempo demonstrar quais as repercussões e novas interpretações acadêmico-jurisprudenciais advindas dessas mudanças. O trabalho foi pautado em obras doutrinárias, artigos, publicações científicas e notícias sobre as mudanças trazidas. Foi utilizada a metodologia de pesquisa em fontes bibliográficas. A abordagem terá como escopo esclarecer, de forma específica e direcionada, quais as inovações procedimentais e doutrinárias trazidas pela Lei 13.105/15 e sua efetiva repercussão no trâmite processual.

Palavras-chave: Embargos de Declaração. Efeitos. Novo Código de Processo Civil. Alterações normativas.

ABSTRACT

The purpose of this Scientific Article is to take a *lato sensu* approach to the characteristics inherent in the Request for

Clarification, emphasizing its effects on the progress of the process, as well as the changes introduced by the Law 13.105/15. It was sought to discuss, in a comparative way, the changes inserted by the text of the Civil Procedure Code of 2015 and at the same time demonstrate the repercussions and new academic-jurisprudential interpretations arising from these changes. The work was based on doctrinal works, articles, scientific publications and news about the changes brought. The objective of the approach will be to clarify, in a more specific and directed way, what procedural and doctrinal innovations brought by the Law 13.105/15 and its effective repercussion in the procedural process.

Keywords: Request for Clarification. Effects. Civil Procedure Code. Normative changes.

Introdução

Na construção do presente artigo científico se buscará realizar uma análise acerca do conceito e da natureza jurídica dos embargos de declaração, dando ênfase aos seus requisitos, efeitos e aspectos procedimentais, ressaltando-se as principais alterações decorrentes da edição do novo CPC.

O trabalho terá como enfoque principal realizar uma análise teórica acerca do conceito, principais características e finalidade processual dos embargos, ressaltando quais os efeitos e consequências causados às partes diante da sua oposição. Dar-se-á enfoque também na discussão acerca da possibilidade de aplicação da multa quando os embargos venham a ser considerados como protelatórios.

Noutro pórtico, considerando a importância do tema, será apresentado um pequeno estudo sobre a possibilidade de utilização dos Embargos de Declaração com a finalidade de buscar-se o prequestionamento da matéria de recurso e sua previsão expressa no atual Código de Processo Civil.

Com a aprovação do texto do Novo Código de Processo Civil, o qual se encontra vigente desde março de 2016, entendemos ser de crucial importância a realização de um estudo mais aprofundado acerca das alterações quanto à vigência, à metodologia e às características aplicáveis aos recursos na área processualista (ROQUE et al., 2015).

Nessa seara, dar-se-á destaque ao recurso de Embargos de Declaração. Observa-se ser de conhecimento amplo e indiscutível que hoje o recurso de embargos de declaração possui finalidades múltiplas. Inobstante a sua aplicação estar pautada nas tradicionais ocorrências pautadas na omissão, contradição e obscuridade, os declaratórios possuem uma aplicação muito mais

abrangente – adaptando-se à interpretação jurisprudencial dos seus poucos artigos elencados no Código de Processo Civil.

Verifica-se que as alterações quanto à aplicabilidade e aos efeitos atribuídos aos embargos de declaração têm por intuito amoldar-se aos contornos da interpretação da jurisprudência em vigor e muito têm a ver com as alterações nas rotinas processuais trazidas com o novo texto do CPC.

Como exemplo, cabe mencionar o fortalecimento das decisões monocráticas praticadas pelos magistrados, situação que gerou a discussão acerca da jurisdição com competência para proceder ao julgamento dos embargos de declaração apresentados em face de decisão monocrática, além do cabimento desse recurso diante de decisões interlocutórias proferidas, matéria sobre a qual o colendo Supremo Tribunal Federal ainda diverge quanto ao seu real cabimento (NEGRÃO, 2011).

Portanto, o trabalho terá como objetivo principal discorrer acerca das alterações inseridas pela nova Lei processualista no que trata do recurso de embargos de declaração e ao mesmo tempo demonstrar quais as repercussões e novas interpretações acadêmico-jurisprudenciais advindas dessas mudanças.

1 Do conceito, finalidade e natureza jurídica do recurso de embargos de declaração

Acerca do significado da palavra “embargo”, é possível observar-se uma coletânea de entendimentos diversos no universo jurídico. Contudo, analisando a questão de uma forma mais simplificada, tem-se que o recurso de embargos conforma-se na medida processual adequada a ser apresentada quando o seu objetivo for o de esclarecer e aperfeiçoar, em parte, a sentença proferida e/ou acórdão, quando a parte interessada identificar que houve alguma omissão, contradição ou obscuridade a ser esclarecida na decisão (ARES, 2009).

Como já destacado, tem-se que os Embargos de Declaração são o recurso utilizado para requerer ao Juízo ou tribunal prolator de uma decisão (sentença ou acórdão) que se manifeste acerca de uma obscuridade, contradição ou de uma omissão nela existente ou que tenha o objetivo de prequestionar matéria que irá servir de fundamento para interposição de recurso perante os tribunais superiores (EVANGELISTA, 2012).

Ressalte-se que a sua oposição não tem por objetivo a reforma de uma sentença ou de um acórdão, e sim buscar o esclarecimento do trecho da decisão que deu ensejo à interposição desse remédio jurídico. Ou seja, “é a busca pelo exercício da

retratação pelo juiz que proferiu a decisão embargada" (SOUZA, 2013, p. 447).

Conclui-se, então, que o órgão julgador competente para julgar os embargos de declaração é o próprio "juízo" que prolatou a decisão, não sendo necessário manter-se a correlação com a pessoa do juiz.

Sobre a mesma matéria, destacamos o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, o qual se manifestou no seguinte sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SUPOSTA OFENSA. VIA INADEQUADA. NULIDADES. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO GENÉRICO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA EM JUÍZO DEPRECADO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR ÚNICO PARA ACOMPANHAR O ATO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 356/STF. AUTO DE APRESENTAÇÃO E APREENSÃO. DOCUMENTO EXISTENTE NOS AUTOS. EXPEDIÇÃO DE MANDADO EM RELAÇÃO A OUTRO MORADOR DA RESIDÊNCIA. IRRELEVÂNCIA. NULIDADE INEXISTENTE. ADVOGADO CONSTITuíDO. RENÚNCIA. INTIMAÇÃO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO CAUSÍDICO. DESNECESSIDADE. RECORRENTE QUE ATUAVA CONJUNTAMENTE EM CAUSA PRÓPRIA. ALEGÇÕES FINAIS. APRESENTAÇÃO. INÉRCIA. INTIMAÇÃO PESSOAL REALIZADA. FALTA DE RESPOSTA. REMESSA DOS AUTOS À DEFENSORIA PÚBLICA. PROCEDIMENTO CORRETO. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. NATUREZA RELATIVA. 1. [...] 6. O princípio da identidade física do juiz não é absoluto, comportando exceções, como no caso dos autos, em que, em razão da longa duração do processo em primeiro grau, houve atuação sucessiva de diversos magistrados (STJ - REsp: 1379117 RS 2013/0132535-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2016).

Quanto à finalidade a que serve a apresentação dos Aclaratórios, merece destaque a ocorrência de três hipóteses principais, capazes de justificar a oposição de embargos de declaração, quais sejam:

Quando a decisão embargada for omissa e necessitar de complementação, quando a decisão embargada apresentar obscuridade e, por este motivo restar necessário que seja aclarada e, por último, quando a decisão embargada for contraditória, vício que deve ser imediatamente afastado (ARES, 2009, p. 3).

Destaque-se, ainda, que a medida judicial poderá ser utilizada com o objetivo de prequestionar matéria ou fundamento legal que ainda não fora apreciado na decisão, de forma a possibilitar a apresentação de outros recursos perante os tribunais superiores.

Os Aclaratórios, também assim conhecidos, representam uma ferramenta processual de defesa, da qual as partes se utilizam sempre com a finalidade de buscar a correção de uma possível falha identificada nas decisões proferidas em sede de primeira e de segunda instância.

Ao se proceder com a análise acerca da natureza jurídica dos embargos de declaração, surge o questionamento doutrinário se este seria classificado como um recurso em sentido estrito ou uma medida judicial intermediária cujo intuito principal seria requerer a retratação do Juízo e o aprimoramento da decisão.

Acerca da matéria – natureza jurídica dos embargos –, verifica-se que parte da doutrina processualista afirma seu entendimento acerca da natureza recursal dos embargos de declaração, posto que a disposição do Código de Processo Civil brasileiro conferiu àquele a qualidade de recurso, tendo em vista a competência para julgar este recurso ser do juízo que proferiu a sentença ou acórdão e não de juízo superior e, ainda, por existir expressa previsão no capítulo de recursos do Código de Processual Civil brasileiro (EVANGELISTA, 2012).

Por outro lado, há uma parte da doutrina mais conservadora, como “Ada Pelegrini Grinover, Wellington Moreira Pimentel, Manoel Almeida, entre outros, os quais se utilizam do fundamento de que os embargos de declaração não seriam uma modalidade de recurso, isto porque ambos teriam finalidades diferentes” (ARES, 2009, p. 3).

Essa corrente fundamenta o seu entendimento com a defesa da tese de que os recursos apresentam como intuito principal a busca pela reforma da sentença ou do acórdão, quando, por outro lado, o recurso de embargos é manejado na busca de obter do órgão de origem da decisão o exercício do juízo de retratação a fim de aperfeiçoar, complementar ou sanar um vício identificado nela.

Argumenta-se, ainda, não serem os embargos uma espécie de recurso, posto não haver uma previsão obrigatória para a manifestação do contraditório, somado ao fato de interromper o prazo para a apresentação de outras medidas recursais.

Contudo, cumpre destacarmos que ao ser apresentada uma petição de embargos com o objetivo e a possibilidade de confe-

rir efeito modificativo ao julgado, deverá ser concedido prazo para a outra parte se manifestar, tendo em vista que a sua ausência poderá vir a ser interpretada como causa para anulabilidade do recurso.

Outra corrente doutrinária, da qual fazem parte os processualistas José Carlos Barbosa Moreira, Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier, entende que os embargos de declaração são, em verdade, uma medida recursal (BARBOSA MOREIRA, 2006; NERY JR.; WAMBIER, 2006).

Nessa senda, empregam a argumentação de que os embargos de declaração vêm disciplinados no Código de Processo Civil como recurso, sujeitando-se aos requisitos da admissibilidade e teoria geral dos recursos. Justificam, pois, que a medida é utilizada visando afastar o gravame que lhe causa uma decisão maculada pela obscuridade, pela contradição ou pela omissão.

Nessa vertente doutrinária, os Aclaratórios devem ser caracterizados como medida recursal, posto que buscam a reparação de possível ônus prejudicial a ser enfrentado pela parte em função do teor da decisão proferida no processo.

Para essa corrente, os Aclaratórios têm natureza jurídica de recurso, pois constituem uma modalidade de impugnação do julgado que induz a um novo pronunciamento jurisdicional sobre a lide ou questão processual, embora tenha como limitação um pedido de esclarecimento ou suprimento de uma omissão, contradição ou obscuridade.

Considerando que a norma processualista adota o princípio da taxatividade, e que o pedido de reforma é apresentado na mesma instância processual em que foi proferida a decisão recorrida, não sendo considerado como ação autônoma de impugnação, impedindo, portanto, a formação da coisa julgada, entende-se que a possível ausência de contraditório não retira o caráter recursal dos embargos, posto que o defeito no julgado poderá causar prejuízo a todos os sujeitos da relação processual.

Quanto à ausência de previsão legislativa para o pagamento de custas judiciais, justifica-se que tal fato também não exclui da categoria dos recursos, haja vista que a exigência ou não de preparo é mera opção de política legislativa.

Noutro pórtico, apesar do embasamento utilizado por parte da doutrina majoritária, a fim de considerar os embargos de declaração como uma espécie de recurso, a jurisprudência não tem admitido que o juiz, invocando o princípio da fungibilidade dos recursos, receba como apelação eventual embargos declaratórios interpostos pela parte, de vez que a fundamentação utilizada para a construção da peça

de embargos não é, necessariamente, a mesma cabível para a interposição de uma apelação (BARBOSA MOREIRA, 2006; NERY JR.; WAMBIER, 2006).

Observa-se, portanto, que o recurso de embargos de declaração é uma modalidade recursal que apresenta como indicação precípua integrar, esclarecer e, muitas vezes, aperfeiçoar o conteúdo da decisão proferida, mas, para todos os efeitos, a decisão deverá continuar hígida em seu teor e abrangência.

2 Dos requisitos de admissibilidade e da análise do mérito trazidos nos embargos de declaração

Conforme previa o antigo Código de Processo Civil, “o prazo para a interposição desse recurso é diferenciado em relação aos demais recursos, ou seja, de cinco dias, contados da publicação do julgado” (MIRANDA, 1999, p. 333).

Em sua forma de operacionalização, observa-se que a distribuição dos embargos deveria ser feita através de peticionamento simples, direcionada ao juízo que emitiu o pronunciamento judicial, ou ao relator do acórdão, em cujo teor deveria ser destacado qual o trecho do julgado que merecia reapreciação e reforma – indicando qual a obscuridade, a omissão ou a contradição a ser ponderada.

Segundo o antigo texto legal, ao juiz era concedido um prazo de cinco dias para proceder com o julgamento; já em segunda instância caberia ao relator apresentá-los em mesa na sessão subsequente, quando deveria proferir o seu voto. No atual *Código processual*, o recurso de embargos deve ser incluso em pauta para julgamento pelo Relator ou Câmara do Tribunal.

Conforme entendimento já abordado no presente trabalho, observa-se que os embargos de declaração deverão ser dirigidos sempre perante o Juízo que proferiu a decisão, sendo este também o órgão judicial que deverá julgá-los.

O recurso será admitido e processado independentemente de preparo, em conformidade ao previsto no art. 536 do CPC, o qual, expressamente, dispensou essa obrigação.

Cumpre destacarmos que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer pronunciamento jurisdicional, tal como decisões interlocutórias, sentenças, acórdãos e decisões monocráticas, passíveis de conter omissão, contradição ou obscuridade.

Em atenção ao art. 504 do código anteriormente em vigor, no que se refere ao despacho proferido pelo juízo (*stricto sensu*), contra ele não era passível a interposição de embargos de declaração, pois, apesar de considerado como um ato judiciário,

apenas tem o condão de dar seguimento ao feito, não causando gravame às partes.

Nesse sentido ensina Barbosa Moreira (2006, p. 552):

Na realidade, tanto antes quanto depois da reforma, qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração: é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer até a possibilidade prática de cumpri-lo. Não tem a mínima relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior, proferida em processo de cognição (de procedimento comum ou especial), de execução ou cautelar.

Quando da apresentação dos embargos, tinha-se como pressuposto inicial o preenchimento dos requisitos elencados no código de 1973. Finalizado o juízo de admissibilidade, procedimento necessário ao seu conhecimento, cabe ao Juízo ponderar acerca dos fundamentos suscitados no recurso e decidir pela possibilidade de reforma da decisão.

Cabe salientar, ainda, que os declaratórios possuem fundamentação vinculada, sendo necessário ao recorrente alegar um dos seguintes defeitos: obscuridade, contradição ou omissão, e demonstrar a sua efetiva ocorrência, de forma a possibilitar o acolhimento e a procedência do pedido.

A existência real do vício a ser sanado é pressuposto de procedência. É nessa etapa do julgamento que o juízo analisará se a decisão embargada encontra-se eivada de quaisquer dos vícios indicados pela parte recorrente e se existe motivação para a parte requerê-la.

Como forma de demonstrar esse entendimento, citamos a ementa do REsp. 983968 RS, da relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SINDICATO. LEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. DEFESA DOS INTERESSES DA CATEGORIA. AUTORIZAÇÃO. RELAÇÃO NOMINAL DOS ASSOCIADOS. DESNECESSIDADE. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. MULTA. DESCABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Os embargos de declaração têm como objetivo sanear eventual obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão recorrida. Não há omissão no acórdão recorrido quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a deci-

são. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte. 2. Descabida a aplicação da multa processual prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC quando os embargos declaratórios não têm caráter protelatório, mas objetivam prequestionar a matéria, requisito indispensável ao acesso às instâncias especiais. 3. “É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário” (Súmula 126/STJ). 4. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual o art. 3º da Lei 8.073/90, em consonância com o art. 5º, XXI e LXX, da Constituição Federal, autoriza os sindicatos a representarem seus filiados em Juízo, quer nas ações ordinárias, quer nas seguranças coletivas, ocorrendo a chamada substituição processual, razão por que se torna desnecessária a autorização expressa ou a relação nominal dos substituídos. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para afastar a condenação da recorrente ao pagamento da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC (LIMA *apud* EVANGELISTA, 2012).

Contudo, está sedimentada a corrente jurisprudencial, a qual argumenta que o órgão judicante não está obrigado a examinar todos os argumentos trazidos pelas partes, sendo importante que indique somente o fundamento que apoiou sua convicção para decidir, bem como as questões de ordem pública, as quais o julgador deverá resolver de ofício.

Em se verificando a presença de um desses vícios, caberá ao magistrado manifestar-se de forma a saná-los, esclarecendo ou até complementando o julgado, sendo os declaratórios julgados como procedentes. Caso não seja possível a identificação dos vícios apontados pela parte embargante, o teor do julgamento indicará pelo seu não provimento (FERNANDEZ, 1999).

Desse modo, quando não identificados os vícios alegados pela parte recorrente, sendo os embargos julgados como improcedentes, caberá uma análise sobre a existência de intuito protelatório, que poderá vir a ensejar na incidência da multa cominatória prevista no parágrafo único do artigo 536 do atual CPC.

3 Dos embargos de declaração, seus efeitos processuais e alterações impostas pelo Novo CPC

O novo Código de Processo Civil, diante das celeumas existentes no âmbito doutrinário e jurisprudencial quanto aos efei-

tos dos embargos de declaração, cuja natureza recursal costuma gerar dúvidas e divergentes linhas de pensamento, procurou trazer em sua redação uma abordagem mais precisa acerca do alcance e dos efeitos provenientes dessa ferramenta processual, clarificando alguns pontos obscuros existentes até então nesse âmbito.

Desta feita, é válido traçar algumas considerações acerca dessas características dos embargos, que serão discutidas nos subtópicos a seguir, com o escopo de elencar seus efeitos, como também discorrer sobre os elementos que motivaram o legislador a consolidar as referidas alterações no âmbito processual civil.

3.1 Do efeito modificativo ou caráter infringente atribuído ao recurso

Usualmente, não será aplicado aos embargos de declaração o caráter substitutivo, modificador ou infringente na decisão embargada, mas sim o integrativo ou aclaratório.

Quanto ao efeito modificativo ou caráter infringente atribuído aos Aclaratórios, percebe-se que caberá ao Julgador, caso venha a entender pela sua procedência, vendo-se diante da necessidade de correção dos vícios constatados na sentença e/ou no acórdão embargado, especificar se a referida correção poderá vir a ensejar em modificação no teor da decisão originária, ou seja, se à mesma será aplicado o efeito modificativo (ARES, 2009).

No que trata à existência da obscuridade, o seu afastamento importará, tão somente, em uma tentativa de esclarecer,clarificar o teor da decisão, não havendo abertura para análise e manifestação acerca de pontos não ponderados no primeiro julgamento.

Em relação às possíveis máculas induzidas pela ocorrência de contradição e omissão, o seu afastamento poderá vir a resultar na alteração do julgado, tendo em vista que a apresentação dos embargos dará ensejo a ponderações acerca de pontos não analisados anteriormente, concorrendo para a alteração do teor da sentença ou acórdão guerreado.

Diante de tal possibilidade, ao sanar o vício suscitado pelo embargante, caberá prolator da decisão delimitar quais os efeitos a serem aplicados ao novo teor do julgado, definir se haverá consequência diversa da inicialmente aplicada.

Merece destaque trecho da obra do processualista Barbosa Moreira, o qual corrobora o seu entendimento doutrinário:

Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí mais que a outra [...].

Este último caso é de particular delicadeza, pois, às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou parte do que se decidira) no pronunciamento embargado.

Assim, por exemplo, se o órgão julgador saltara por sobre alguma preliminar – já relativa à admissibilidade do recurso, já concernente a qualquer circunstância que impediria o ingresso no *meritum causae*, ou mesmo o aspecto deste (prescrição, decadência) – e, apreciando-a nos embargos de declaração, vem a acolhê-la, necessariamente cai a decisão sobre a restante matéria, a cujo exame obstaria o acolhimento da preliminar. Em tal medida é lícito reconhecer ao julgamento dos embargos efeito modificativo (BARBOSA MOREIRA, 2006, p. 554).

Nesse mesmo sentido, inobstante o acolhimento dos embargos, a inexistência de alteração da decisão embargada não implica, necessariamente, a improcedência do recurso. Tem-se que a ponderação quanto ao mérito dos embargos e a atribuição de seu efeito infringente afiguram-se como procedimentos distintos.

A atribuição do efeito modificativo ao recurso coaduna-se com a corrente jurisprudencial existente nos tribunais superiores, os quais preconizam o respeito ao princípio do contraditório. Sobre essa matéria se destaca:

RECURSO DE REVISTA. NULIDADE DA SENTENÇA QUE JULGOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITO MODIFICATIVO. NÃO-CONCESSÃO DE VISTA À PARTE CONTRÁRIA. O recurso é inadmissível, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal já rejeitou preliminar de repercussão geral relativa à controvérsia sobre suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal (Tema 660 - ARE 748.371-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes). (STF - RE: 715692 PE - PERNAMBUCO, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/05/2016).

Necessário ainda destacar que, em função de suas especificidades procedimentais e, diante da possibilidade de lhes ser

atribuído o caráter infringente, devem os declaratórios ser considerados como uma modalidade de recurso diferenciada.

O efeito modificativo atribuído aos embargos decorre da sedimentação do entendimento jurisprudencial já pacificado nos tribunais, bem como pela doutrina majoritária.

Seu objetivo principal não seria a complementação da decisão *per si*, em função de possível obscuridade, contradição ou omissão, mas sim pela finalidade precípua de alterar e inverter o teor do julgado em prol do recorrente.

Segundo previsão contida no atual CPC, o efeito modificativo porventura atribuído aos embargos será aplicável em situação excepcional, posto que esse atributo, inerente às demais espécies de recursos, possibilita a alteração do julgado, mesmo que parcialmente.

Segundo Cruz (2008, p.7):

A decisão que acolhe os embargos de declaração com efeito modificativo correspondente a uma decisão que abrange por completo a primeira, pois sua principal finalidade é a de inversão ou alteração do julgado, mesmo que de forma parcial, a favor do recorrente.

Conclui-se, portanto, que os embargos declaratórios "comuns" são interpostos com a finalidade de buscar uma complementação do julgado mediante a exclusão das falhas no julgamento, elencadas no artigo 535 do antigo CPC ou 1.026 do atual código vigente, diversamente quando opostos a fim de realmente modificar a decisão, dando-lhe uma nova forma de interpretação.

Na medida em que a oposição dos embargos declaratórios "comuns" anseia pelo aperfeiçoamento, ou por maiores esclarecimentos em favor da decisão embargada, os de natureza modificativa/infringente têm como finalidade o objetivo de inverter a decisão embargada, podendo essa pretensão estar fundamentada em termos meritórios ou processuais (CRUZ, 2008).

3.2 Do efeito suspensivo dos embargos de declaração

Em continuidade à análise acerca dos efeitos atribuídos aos embargos de declaração, o Novo CPC inova, tendo em vista que sua redação trouxe artigo que trata diretamente dos efeitos suspensivo e interruptivo dessa ferramenta processual, o que contribui para pacificar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria.

Nesse sentido, a nova legislação passou a estabelecer em seu art. 1.026 que os Embargos de Declaração não possuem efeito suspensivo, muito embora a nova legislação possibilite que a parte possa requerer a suspensão da decisão caso se demonstre que exista probabilidade de o recurso ser provido ou diante da relevância da fundamentação e da existência de risco de dano grave ou de difícil reparação.

Logo, pela regra geral, os Aclaratórios não possuem o efeito suspensivo, com a exceção de quando venha a se configurar uma das hipóteses citadas, situação em que a eficácia da decisão monocrática ou colegiada será passível de ser suspensa pelo juiz ou relator do processo.

Desse modo, pode-se observar que os embargos de declaração foram remodelados com o fim de se tornar medida recursal mais adequada e condizente com o novo sistema processual, haja vista o caráter positivo das modificações realizadas no CPC, convergindo para uma boa prestação da jurisdição e para uma maior efetividade da atividade judicante.

Nesse raciocínio, o Novo Código de Processo Civil, ao tratar do efeito suspensivo dos embargos de declaração em seu art. 1.026, *caput*, busca acentuar a importância de que seja sopesado o nível de interferência das questões trazidas pelo recurso de embargos no resultado final do processo e na sua produção de efeitos de forma eficaz, com o escopo de que seja privilegiada a eficácia das decisões jurídicas, bem como a urgência de atender a determinada demanda do caso concreto, tornando assim imperioso o Princípio da Utilidade da Prestação Judicial (ROQUE et al., 2015).

3.3 Do efeito interruptivo e do prazo para a interposição de outros recursos

No que se refere ao tratamento do efeito interruptivo, atribuído aos embargos de declaração no Novo Código de Processo Civil, na redação do seu artigo 1.026, é válido ressaltar inicialmente que o efeito mencionado encontra-se vinculado à capacidade de promover a interrupção do prazo para a apresentação de recurso específico.

A suspensividade é aplicada independentemente de vir a ocorrer o provimento ou improvimento do recurso, ou seja, os dias antecedentes ao conhecimento dos Embargos não são computados, de modo que o prazo para interpor recurso é contabilizado em sua integralidade após o seu julgamento (NEGRÃO, 2011).

Observa-se que o conteúdo do NCPC igualou o rito sumaríssimo no que tange à interrupção do prazo no momento da interposição de embargos de declaração, ao considerar que o prazo poderá ser interrompido tanto na norma atinente aos Juizados Especiais, que tinham orientação diversa, como pela Lei geral, evitando assim que equívocos processuais possam vir a ocorrer.

Essa mudança foi de grande importância, tendo em vista que ajudará a evitar que os profissionais de Direito cometam erros quanto à forma de contagem dos prazos processuais, ao serem aplicados os institutos da interrupção e da suspensão.

Busca-se, ainda, com essa mudança, evitar possíveis danos à parte assistida em função de uma possível perda de prazo, haja vista que praticando prazos diferentes, principalmente no que tange aos juizados, onde o tempo máximo para interposição de recurso é diverso do CPC anteriormente vigente, tal diferenciação no Judiciário se tornava uma ameaça à segurança jurídica.

Deste modo, com a consolidação desse entendimento a partir do Novo CPC, o efeito interruptivo agora implica a interrupção do prazo de interposição de outros recursos, com o adendo de que apenas a intempestividade será capaz de impedir a interrupção do prazo recursal, bem como os prazos são padronizados, reduzindo a chance de equívocos por parte dos profissionais.

Logo, nesse ponto, o novo NCPC confere maior segurança às partes quanto à interrupção dos prazos para a interposição de recursos posteriores, deixando explícito, em seu art. 1.026, que os dias antecedentes à paralisação, através do embargo de declaração prequestionador, não serão contados, zerando a contagem do prazo para a interposição de possível recurso.

Nesse diapasão, pode-se dizer que a grande mudança trazida pelo Novo Código de Processo Civil está na aplicação do instituto previsto na Lei nº 9.099/95, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais, bem como no Código Eleitoral, Lei nº 4.737/65, com a alteração do efeito sobre o prazo dos outros recursos.

Com o início da vigência do novo diploma processual, os artigos 50 da Lei nº 9.099/95 e 275 do Código Eleitoral passaram a prever que a oposição dos Embargos de Declaração interrompe o prazo para interposição de outro recurso, independentemente do provimento ou improviso dos Embargos de Declaração, com fulcro nos artigos 1.065 e 1.067 do atual diploma.

Diante disso, é cabível afirmar que o legislador do novo CPC buscou com a nova redação prezar pela garantia do princípio da segurança jurídica, ao determinar que efeitos iguais possam

ser aplicados independentemente do procedimento a ser adotado pela parte.

3.4 Do efeito prequestionador dos embargos de declaração

Comumente, os embargos de declaração funcionam como instrumentos processuais necessários para o atendimento aos requisitos de cabimento de recursos extraordinários e especiais, haja vista que os pontos omissos, objeto de embargo, declaratório, não podem ser tratados pelo STF, mais especificamente em recurso extraordinário, devido à falta do requisito do prequestionamento, conforme a Súmula 356 do Egrégio Tribunal, demonstrando assim a importância da manifestação da parte no seguimento do processo (FERNANDES, 2003).

Sopesando-se a necessidade precípua de análise do elemento prequestionador, conclui-se que o recurso em pauta poderá assumir dois papéis distintos, quais sejam: o de sanar vícios na decisão e o de prequestionar a matéria tema do processo, o que motivou a doutrina a subdividir os embargos de declaração em duas vertentes: os esclarecedores e os prequestionadores.

Os esclarecedores, também conhecidos por declaratórios, assumem o papel de esclarecer dúvidas, obscuridades ou contradições, enquanto os que se propõem a abordar questões federais ou constitucionais não discutidas são os embargos prequestionadores, os quais são o foco do tópico em questão.

Desta feita, é de grande valia apontar que “a função prequestionadora dos embargos é utilizada principalmente com o fim de ultrapassar os óbices impostos pelas Súmulas 282 e 356 do STF, e tornar possível a interposição de Recurso Extraordinário” (MEDINA, 2005, p. 356).

Em função do entendimento proposto nas Súmulas editadas pelos Tribunais Superiores, pode-se deduzir que é possível o prequestionamento ser a forma utilizada pelas partes através da oposição do recurso de embargos de declaração, o qual terá como finalidade abordar a matéria que virá a ser apreciada perante o STJ ou STF. Portanto, o prequestionamento da matéria traduz-se no requisito essencial para a interposição de recurso de índole extraordinária (MEDINA, 2005).

Em outras palavras, os embargos de declaração, nesse caso, assumirão o importante papel de fazer o processo fluir com maior segurança e efetividade, ao tornar possível a interposição dos recursos Especial e Extraordinário, sem o impedimento de não serem conhecidos, uma vez que, diante de sua natureza prequestionadora, os embargos de declaração conseguem suprir a exigência legal das

súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal de prequestionamento explícito da questão constitucional como pré-requisito do recurso extraordinário.

3.5 Do caráter protelatório dos embargos

Conforme já destacado em tópico anterior, tem-se que a oposição dos embargos de declaração traz como efeito imediato a interrupção do prazo para a interposição de outros recursos. Em função dessa característica, algumas partes se utilizam dos embargos de declaração com a finalidade de ganhar tempo até o manejo do recurso principal.

Para esses casos, em que não se apresentam os vícios necessários a sua apresentação, os Aclaratórios serão considerados como protelatórios e, conforme preceitua o artigo 1.026, § 2º, do novo Código Processual Civil, a parte que opõe a medida recursal será condenada ao pagamento de multa em valor não excedente de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa.

A mesma norma estabelece, ainda, que em caso de reiteração e mantida a intenção de protelar o feito, a multa poderá ser elevada ao patamar de até 10% (dez por cento), mantida a mesma base de cálculo, situação em que a possibilidade de se interpor novo recurso fica condicionada ao depósito prévio da multa já aplicada.

Conforme entendimento já pacificado perante os Tribunais Superiores, caberá a interposição de Embargos de Declaração da decisão, esta entendida de forma ampla, que contenha uma das situações apontadas no artigo 1023 do CPC atualmente vigente. Atendidos os requisitos legais necessários a sua utilização e observado o prazo de natureza preclusiva de 05 (cinco) dias, caberá ao órgão julgador proceder com uma avaliação acerca da sua regularidade formal e material, e, se for o caso, proceder com a aplicação da multa, caso se identifique que o intuito do recurso seja o de obstar o curso natural do processo.

Antes de adentrarmos no presente tópico, deverá ser salientada a existência de matéria já pacificada nos tribunais superiores acerca da possibilidade de aplicação da multa que era prevista no artigo 538 do antigo Código Processual Civil, atualmente prevista no artigo 1026 do Código vigente. Entende-se que ela deverá ser aplicada sobre o valor da causa, sendo este devidamente corrigido, e não sobre o valor indicado na decisão condenatória.

Antes da edição do novo código processual, quando atribuído o caráter protelatório ao recurso de Embargos, havia a aplicação de pena relativa a 1% sobre o valor da causa, confor-

me era preceituado no parágrafo único do artigo 538 do não mais vigente Código de Processo Civil brasileiro.

A partir da entrada em vigor da nova norma processualista, o percentual da multa a ser aplicado passou a ser de 2% sobre o valor da causa atualizada.

Necessário ressaltar que em situações nas quais os embargos declaratórios forem acolhidos em parte, não poderá ser aplicada a referida multa, mesmo que a parte não acolhida seja considerada protelatória pelo julgador, pois a parte que foi acolhida não tinha caráter protelatório (EVANGELISTA, 2012).

Conclusão

Considerando tudo que foi discorrido no presente estudo, é possível haver uma melhor compreensão acerca da finalidade, natureza jurídica, efeitos e principais características atribuídas aos embargos de declaração, bem como qual é o seu verdadeiro objetivo e sua aplicabilidade no mundo jurídico.

Foi possível verificar que essa modalidade recursal tem como objetivo possibilitar que a prestação jurisdicional ocorra de maneira mais completa e efetiva, de forma a possibilitar que nenhuma das partes litigantes se sinta prejudicada.

Procurou-se, ainda, esclarecer acerca das consequências e efeitos advindos da oposição de embargos de declaração com o mero fito de procrastinar o processo, ou seja, apenas interromper o prazo para a interposição do recurso principal.

Ao longo do presente artigo buscou-se enfatizar acerca da importância dos embargos de declaração quando utilizados com o fim de prequestionamento, destacando sua finalidade, principalmente no que tange aos requisitos inerentes aos recursos de natureza extraordinária.

Diante da explanação apresentada, pode-se concluir que os embargos de declaração têm por finalidade precípua aperfeiçoar a qualidade das decisões judiciais, através do saneamento das possíveis omissões, contradições e/ou obscuridades, visando à completa prestação jurisdicional do órgão inferior, para que possam ser interpostos recursos de natureza extraordinária, tais como o recurso extraordinário e o recurso especial.

Observa-se, também, que foi feita uma abordagem simplificada acerca das inovações que foram aplicadas ao recurso em função da edição do novo Código Processual Civil Brasileiro, observando-se a sua manutenção com pequenas, porém necessárias alterações em suas consequências e forma de operacionalização.

Referências

- ARES, Regis Cardoso. **Os embargos de declaração e breves comentários sobre as alterações propostas pelo Poder Legislativo.** 22 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4966/Os-embargos-de-declaracao-e-ebreves-comentarios-sobre-as-altecoes-propostas-pelo-Poder-Legislativo>>. Acesso em: 11. jan. 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CRUZ, Sérgio Muniz da. **Natureza Jurídica dos Embargos de Declaração.** 16 jul. 2008. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/7938/1/natureza-juridica-dos-embargos-de-declaracao/pagina1.html>>. Acesso em: 20. jan. 2016.
- EVANGELISTA, Gabrielle Gomes, **Os Embargos de Declaração e Suas Principais Características.** 25 out. 2012. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9197>. Acesso em: 22. jan. 2016.
- FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- FERNANDEZ, Mônica Tonetto. **Dos Embargos de Declaração. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.** Centro de Estudos - 51 / 52 - período de Janeiro / Dezembro de 1999 - Semestral. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%205-52.pdf>>. Acesso em: 20. jan. 2016.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil.** tomo. VII. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e legislação processual em vigor.** 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis.** São Paulo: RT, 2006.
- ROQUE, André et al. **Novo CPC Anotado e Comparado, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** São Paulo: Foco Jurídico, 2015.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e a ação rescisória.** 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Direito penal. Eficácia da norma jurídica. A despenalização do porte de drogas e a busca da felicidade. Interdisciplinaridade na economia, filosofia e psicanálise

Gouvan Linhares Lopes

Advogado da CAIXA no Ceará

Especialista em Direito Público e Privado

Graduado em Economia, Filosofia e Psicologia

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Especialista em Direito Privado

Graduado em Economia

David Diógenes de Castro

Estagiário da CAIXA no Ceará

Graduando em Direito

RESUMO

Objetiva o presente artigo analisar os limites do Direito Penal na repressão ao uso de drogas ao despenalizar, através do artigo 28 da Lei nº 11.343/06, a conduta prevista no art. 16 da Lei nº 6.368/76, que trata da posse de drogas para consumo próprio, com a exclusão da pena privativa de liberdade como principal sanção. Busca-se compreender, a partir da interdisciplinaridade com a economia, filosofia e psicanálise, como a busca da felicidade através da droga se torna fonte do mal moral e compromete a eficácia da norma jurídica, propiciando reações do Estado, conforme evolução legislativa, que culminaram na despenalização do tipo penal (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

Palavras-chave: Direito Penal. Drogas. Mal moral. Limites do Direito.

ABSTRACT

This article aims to analyze the limits of the Criminal Law in the repression of drug use by decriminalizing, through article 28 of

Law 11.343 / 06, the conduct foreseen in art. 16 of Law 6.368/76, which deals with the possession of drugs for own consumption, with the exclusion of the custodial sentence as the main sanction. It seeks to understand, from the interdisciplinarity with the economy, philosophy and psychoanalysis, as the search for happiness through the drug becomes a source of moral evil, and compromises the effectiveness of the legal norm, propitiating reactions of the State, according to legislative evolution, that culminated in the decriminalization of the criminal type (article 28 of Law 11.343 / 06).

Keywords: Criminal Law. Drugs. Moral evil. Limits of Law.

Introdução

O homem, ao nascer dentro de uma sociedade, submete-se a um processo civilizatório que regula, através de diversas regras de conduta, seu comportamento externo, nas suas interações com o mundo e o outro, assim como na maneira de satisfazer seus desejos e necessidades.

As paixões, interesses e instintos humanos são barrados pelo fenômeno da normatividade, através de regras de conduta religiosas, morais, jurídicas e sociais, que regulam a vida social, permitindo a estabilidade da sociedade e das suas instituições, no processo civilizatório, conforme as lições de Bobbio (2014, p. 26):

o fenômeno da normatividade nos aparecerá de modo não menos impressionante e ainda mais merecedor da nossa reflexão. A história pode ser imaginada como uma imensa corrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de “civilização”.

Destarte, a normatividade através das regras de conduta, inclusive jurídicas, ao barrar os instintos e paixões para estabilidade social, contrapõe-se ao ideal de felicidade conceituado por Kant (2003, p. 443), segundo o qual tudo se passa segundo o desejo e vontade do ente racional:

Felicidade é o estado de um ente racional no mundo para o qual, no todo de sua existência, tudo se passa segundo seu desejo e vontade e depende, pois, da concordância da natureza com todo o seu fim, assim como com os fundamentos determinantes essenciais de sua vontade.

Entre as regras sociais (ética, moral e cultura), destaca-se o direito, cuja oposição à busca da felicidade humana enseja a possibilidade de problematização do Direito quanto à eficácia da norma jurídica.

O direito penal, através da tipificação e previsão de pena, nesta tarefa normativa, que é conceitualmente repressora de comportamentos que comprometem a sociedade, opõe-se à satisfação das paixões e à felicidade, buscada de várias formas, segundo Freud, devido ao mal-estar da civilização, inclusive através do uso de drogas, como fuga ao sofrimento e realização da felicidade.

No entanto, conforme demonstrado pela evolução legislativa penal, o direito não basta (mesmo com a despenalização que demonstra uma menor interferência do Estado, de acordo com Mill), para reprimir esta opção de posse de drogas para consumo próprio, pois não oferece uma felicidade possível, cuja busca, segundo Kant, é fonte do mal moral.

Logo, dentro do fenômeno da normatividade, a busca da felicidade humana interfere na eficácia da norma jurídica, ensejando a possibilidade de problematização do Direito, como se passa a abordar.

1 A filosofia e a problematização do direito: eficácia da norma

O objetivo da filosofia do direito é problematizar, segundo Cretella Junior (1993, p. 4): “Problematizar o Direito – eis o objetivo da filosofia do Direito”.

Nesse passo, a filosofia do direito, segundo Bobbio (2014, p. 53), sempre se ocupou dos três problemas fundamentais da norma jurídica, que são a justiça, a validade e a eficácia: “Pode-se inclusive sustentar que os três problemas fundamentais, de que tradicionalmente se ocupa e sempre se ocupou a filosofia do direito, coincidem com as três qualificações normativas da justiça, da validade e da eficácia”.

A reflexão em estudo é exatamente uma investigação em torno da vida do direito, quanto à eficácia da norma jurídica, ou seja, quanto à aplicação de seu comando frente à busca da felicidade e do prazer através da conduta da posse de drogas para consumo pessoal; e, de outro lado, a reação da autoridade na mudança legislativa da despenalização, que envolve o comportamento do homem em sociedade e os seus interesses contrastantes, de acordo com Bobbio (2014, p. 53):

O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito.

Destarte, como a eficácia da norma jurídica é terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, essa investigação em torno da vida do direito e dos seus limites, com o estudo da eficácia da norma jurídica (art. 16 da Lei nº 6.368/76, que teve a exclusão da pena privativa de liberdade como principal sanção, nos termos do art. 28 da Lei nº 11.343/06), justifica uma abordagem interdisciplinar.

Na compreensão dos limites do Direito, utiliza-se uma abordagem interdisciplinar (filosofia, economia e psicologia) visando entender como a busca da felicidade através da droga na pós-modernidade interfere na eficácia da norma jurídica penal que exerce controle social, através da ameaça de sanção, dentro do fenômeno da normatividade.

2 A interdisciplinaridade do direito com a psicologia na explicação dos fatos jurídicos

O presente trabalho, metodologicamente, reflete sobre o fato da posse de droga para consumo próprio, no caso, típico, culpável e antijurídico, valorado como de menor potencial ofensivo à sociedade, pela sua despenalização na norma jurídica, de acordo com a teoria tridimensional de Reale (1994, p. 120, sublinhas nossas), que visa disciplinar a relação jurídica em questão:

O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. É o que Aristóteles chamava de "diferença específica", de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito.

A explicação dos limites do Direito perpassa uma necessidade de compreensão do comportamento humano e de suas relações, a demonstrar os motivos que levam o homem, na busca de

sua felicidade, a agir contra sua saúde e praticar o crime de porte de drogas para consumo pessoal, mesmo diante da ameaça de sanção.

Enquanto o Direito refere-se ao dever-ser, através da normatização que regula as leis do convívio, a psicologia refere-se ao Ser, como ele é, na busca da compreensão dos comportamentos, conforme leciona Sordi (2007, p. 293):

O direito e a psicologia são ciências que, em última análise, têm o mesmo objeto de estudo, qual seja: o Homem e as relações humanas. Enquanto o direito se ocupa com a normatização dos comportamentos humanos que fazem parte das relações sociais, tratando de regulamentar as leis do convívio, a psicologia busca uma compreensão da inter-relação de fatores etiológicos, biológicos, sócio-econômicos e culturais, entre outros, determinantes dos comportamentos chamados patológicos.

O Direito dentro do fenômeno da normatização que regula as leis de convívio e barra os instintos e paixões é repressor de comportamentos que comprometem a sociedade, opondo-se à satisfação das paixões e à consequente felicidade, onde tudo se passa segundo o desejo e vontade do ente racional de Kant (2003, p. 443).

O Direito Penal, de acordo as lições de Shecaira (2004, p. 57), é um instrumento de controle social, através da ameaça de sanção:

[...] o direito penal é um instrumento de controle social que trabalha no mesmo sentido de outros instrumentos controladores. Diferencia-se de outros instrumentos de controle social em face de seu aspecto formal, uma vez que carrega consigo a ameaça concreta e racional da sanção. As outras formas de sanção – como o controle ético – manifestam-se informal e espontaneamente.

Na normatização dos comportamentos humanos, o Direito Penal não sabe o que acontece na intersubjetividade do sujeito de direito, em seu plano psicológico, com a ameaça de sanção que carrega, na aplicação de pena privativa de liberdade (Lei nº 6.368/76) e posteriormente, com a despenalização (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

A ameaça de sanção interfere na eficácia de suas normas de controle social, se necessária e suficiente para a reprovação e prevenção deste crime, ou seja, para a inibição deste comportamento, com receio de punição, nos termos do art. 59 do Código Penal.

Quando ocorre o fato jurídico da busca da felicidade através do porte de drogas para consumo próprio, para aferir a eficácia da norma e o impacto da ameaça de sanção que carrega o Direito Penal na subjetividade do sujeito, há necessidade de uma reflexão sobre o conceito de homem, a partir do pensamento freudiano.

3 Direito e psicanálise. O mal-estar da civilização e o uso de drogas como fonte de felicidade

Refletir sobre o uso de drogas, como todo produto ou substância capaz de **causar dependência** (art. 1º, parágrafo único, Lei nº 11.343/06), é refletir sobre a natureza humana com suas necessidades e desejos.

As substâncias denominadas em sentido amplo de drogas, que saciam desejos do corpo e do espírito, alterando estados de consciência, difundiram-se como artigos de luxo do período colonial no desenvolvimento do comércio e tornaram-se produtos de consumo na época moderna.

Ao contrário de outros produtos que atendem às novas necessidades e desejos do século XX, como o tabaco e o álcool, as drogas consideradas ilícitas tiveram sua posse para consumo próprio reprimida, através de diversas normas sociais.

Ocorre que a sociedade e a cultura, na formação do psiquismo humano, impõem ao homem um mal-estar, com sacrifício da sexualidade e da agressividade, conforme assevera Freud em sua obra *O mal-estar na civilização*. Tal fato impossibilita a felicidade kantiana (2003, p. 443), onde tudo se passa segundo o desejo e vontade do ente racional.

O sofrimento humano, no pensamento psicanalítico, decorre do nosso próprio corpo, do mundo e dos relacionamentos com o outro. No entanto, o que mais restringe as possibilidades de felicidade é o sofrimento decorrente do relacionamento com o outro, por ser o mais penoso, de acordo com Freud (1978, p. 67, sublinhas nossas):

Assim, nossas possibilidades de felicidade sempre são restrin-
gidas por nossa própria constituição. Já a infeli-
cide-
dade é muito menos difícil de experimentar. O sofrimen-
to nos ameaça a partir de três direções: de nosso
próprio corpo, condenado à decadência e à dissolução, e
que nem mesmo pode dispensar o sofrimento e a ansie-
dade como sinais de advertência; do mundo externo,
que pode voltar-se contra nós com forças de destruição
esmagadoras e impiedosas; e, finalmente, de nossos
relacionamentos com os outros homens. O sofrimento

que provém dessa última fonte talvez nos seja mais penoso do que qualquer outro. Tendemos a encará-lo como uma espécie de acréscimo gratuito, embora ele não possa ser menos fatidicamente inevitável do que o sofrimento oriundo de outras fontes.

Na mencionada obra, como forma de suportar o sofrimento e atingir a felicidade humana, Freud leciona que o homem utiliza diversos meios, tais como evitar o desprazer, o isolamento, a sublimação e, por último, a química através do uso das drogas, chamado de “mais cru”.

Diante desses meios de enfrentar o sofrimento elencados por Freud, a opção a ser feita converte-se em um problema moral, daquilo que é considerado certo e errado, próprio do uso da liberdade humana na escolha da maneira de buscar a felicidade.

Nessa luta moral, o sujeito de direito ao analisar as possibilidades de praticar este fato jurídico, do uso ou não da opção mais crua mencionada por Freud, que é a química através do uso das drogas, há um embate de forças entre o dever, no caso, jurídico (com sua ameaça de sanção), e a felicidade, que é fonte de equívocos, conforme pondera Fernandes (2010, p. 25): “Aquele embate de forças identificado por Kant entre o dever e a felicidade seria a fonte de equívocos por parte dos homens na adoção das máximas para a ação e os impediria de buscar a realização das ações estritamente por dever”.

Diante desse embate de forças, que é uma fonte de equívocos, o cidadão analisa os efeitos possíveis de seu comportamento, tendo como resultado a eficácia ou não da norma jurídica.

Caso o Direito seja eficaz, a opção do sujeito do direito será, nos termos freudianos, o isolamento, a sublimação ou evitar o desprazer e não a química através do uso de drogas. A ameaça de sanção da pena privativa de liberdade (art. 16 da Lei nºº 6.368/76), posteriormente despenalizada, nos termos do artigo 28 da Lei nºº 11.343/06, conseguiu inibir o comportamento selecionado pelo Direito Penal.

Nessa hipótese, foi obedecida a vontade geral da comunidade jurídica, através da lei que instituiu esta coação externa e restringiu, nesta hipótese, a liberdade do cidadão de portar drogas para consumo próprio, para que possa haver a coexistência com a liberdade de todos os outros, conforme leciona Kant (2008, p. 114):

Ora se a comunidade a fundar tivesse de ser uma comunidade jurídica, então a própria multidão que se congrega num todo é que deveria ser o legislador

(das leis constitucionais), porque a legislação brota do princípio – restringir a liberdade de cada um às condições sob as quais pode coexistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei geral – e, portanto, neste caso, a vontade geral institui uma coação externa legal.

Caso a norma jurídica não seja eficaz, foi escolhido, no exercício da liberdade jurídica (art. 5º, CF/88) entre o dever jurídico e a felicidade, o uso das drogas como uma forma de gozo que não precisa do outro, que não passa pelo corpo do outro, suspendendo o sofrimento psíquico com obtenção de prazer rápido e fácil, propiciando uma felicidade que se contrapõe às normas jurídicas de Direito Penal.

Nesse fato jurídico, o comportamento depende de causas determinantes de sua sensibilidade. No entanto, o sujeito não agiu com liberdade, pois, de acordo com Fernandes (2010, p.75), “a idéia de liberdade é ligada à independência das causas determinantes de sua sensibilidade”.

Há diversas causas e circunstâncias, na sociedade pós-moderna ou modernidade líquida, que arrastam o homem nesta luta moral ao comportamento referido de ineficácia da norma, em que o Direito Penal, através do fenômeno da normatização, não basta para reprimir a opção mais crua:

- a) quer por não oferecer uma felicidade possível;
- b) quer pela influência da sociedade pós-moderna marcada por uma crise ética, em que o certo e o errado são palpite de cada um, numa flexibilização de valores e aceitação possível deste fato jurídico para a felicidade do indivíduo;
- c) quer pelas liberdades de pensamento e informação, garantias constitucionais que provocaram conflito da norma jurídica com as demais regras de comportamento social, como a moral, a ética e a cultura, na valoração e aprovação desta escolha.

Abordemos essa questão a seguir.

4 Direito penal repressor x busca da felicidade na pós-modernidade

No século XX ocorreram profundas mudanças na sociedade humana, que recebeu vários adjetivos, tais como sociedade pós-moderna, sociedade pós-capitalista, sociedade da informação ou modernidade líquida.

Corolário dessas mudanças, a ética, como uma das regras do fenômeno da normatividade (além das regras morais, jurídicas e sociais) que barram os instintos e paixões, foi afetada.

Há uma evidente crise ética (no sentido de como viver), fruto de um novo olhar do homem sobre si mesmo, numa evidente liquidez e superficialidade de suas relações, chamada por Bauman (2001) de modernidade líquida, ao contrário da modernidade sólida, do período anterior, propiciando maiores possibilidades e desejos que norteiam sua busca de felicidade.

As pessoas foram libertadas de suas velhas gaiolas pelos poderes de derretimento da modernidade, tendo entre as várias escolhas possíveis, *"in casu"*, o uso ou não de drogas como forma de suportar o sofrimento psíquico.

Barros (2005, p. 47) leciona sobre esta fragmentação de um sentido e múltiplos caminhos a serem seguidos, que gera o esvaziamento de valores até então instituídos pela cultura:

Os tempos de hoje se caracterizam pela fragmentação de um sentido, por múltiplas direções ordenando o caminho para os homens, vias plurais: diversas teorias sobre o comportamento produzem uma pluralidade de conhecimentos e conceitos causando o esvaziamento dos valores até então instituídos na cultura. O homem já não partilha de um consenso sobre uma orientação que lhe indique a estrada em direção ao bem. Esse fenômeno de fragmentação se expande por todo o planeta globalizado. Basta olharmos as manchetes de jornais para nos depararmos com a expressão de uma falência na eficácia de certos valores morais publicamente estabelecidos, manifesta tanto no cotidiano, por meio de comportamentos individuais, quanto na vida política, econômica e social. Há quem diga de uma certa falência do pai, do nome e da lei. Falha a crença numa ordem que promova em volta de si uma unidade. Hoje lidamos com a pluralidade em todos os campos.

Frente a essa crise ética da pós-modernidade, a reflexão sobre como viver e o que é a vida guarda estreita relação com a busca da felicidade, encontrando a filosofia seu objeto, de acordo com Nasio *apud* Burnham e Buckingam (2012, p. 12):

A filosofia não é apenas atividade de pensadores brilhantes porém excêntricos, como popularmente se pensa. Filosofia é o que todos fazemos quando estamos livres de nossas atividades cotidianas e temos uma chance de nos perguntar: o que é a vida e o universo.

A ética, enquanto ramo da filosofia, responde a como viver, que leva à sabedoria ou felicidade, a moral responde o que devo fazer, nos termos das seguintes lições de Sponville (2002, p. 139):

Como viver? é essa a questão com que a filosofia, desde seu começo, se depara. A sabedoria seria a resposta, mas encarnada, mas vivida, mas em ato: cada qual invente a sua. E aí que a ética, que é uma arte de viver, se distingue da moral, que só concerne aos nossos deveres. Que as duas possam e devam andar juntas, é óbvio. Perguntar-se como viver também é perguntar-se que importância atribuir a seus deveres. Mas nem por isso os dois escopos deixam de ser diferentes. A moral responde à pergunta: Que devo fazer? A ética, à pergunta: Como viver? a moral culmina na virtude ou santidade; à ética, na sabedoria ou na felicidade.

Na pergunta sobre como viver (ética) ou o que devo fazer (moral), surge o ponto de ruptura da pós-modernidade, em que o certo e o errado passam a ser palpite de cada um, inclusive nas diversas maneiras de fugir do sofrimento e atingir sua felicidade, numa universalidade moral que se afasta do kantismo, conforme Barros Filho (2013, p. 36):

Neste ponto, o senso comum moral se afasta do kantismo. Porque é muito comum encontrar justificativas que se fundam na parcialidade do julgamento moral. O certo e o errado vão muito de cada um, decreta o palpiteiro, com ares de erudição. Além do senso comum, pensadores legítimos, arautos da pós-modernidade, consideram que um dos principais pontos de ruptura entre o pós e o simplesmente moderno reside neste ponto, da universalidade moral.

Frente a essa universalidade moral, a opção freudiana de fugir do sofrimento através da química pelo do uso das drogas, chamada de “mais crua”, passa a ser certa ou errada, dependendo do palpite de cada um.

Tal fato fragiliza a eficácia da norma de Direito Penal que seleciona comportamentos humanos mais graves, cominando-lhe as respectivas sanções, de acordo com Capez (2011, p. 19):

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco os valores fundamentais para a convivência social. E descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções....

Há, portanto, pela influência da sociedade pós-moderna marcada por uma crise ética, em que o certo e o errado são pal-

pite de cada um, uma flexibilização de valores e aceitação possível desta ação/fato jurídico para a felicidade do indivíduo.

Com isto, na questão ética de como viver, que culmina na busca e realização da felicidade, a ameaça de sanção do Direito Penal, da pena privativa de liberdade para a posse de drogas para consumo próprio (art. 16 da Lei 6.368), não foi necessária e suficiente, nos termos do art. 59 CP, para reprimir o delito abordado, comprometendo a eficácia da norma e ocasionando uma evolução legislativa, com a consequente despenalização (art. 28 da Lei 11.343/06).

Lembra o relator do Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659 no STF, Gilmar Mendes, para declarar a inconstitucionalidade da previsão do artigo 28 da Lei de Drogas:

a norma tem vícios de desproporcionalidade, pois em países em que o consumo foi desriminalizado, não houve aumento significativo do uso. Logo dentre os fatores que levam o indivíduo ao consumo de drogas, a criminalização é um fator de pouca relevância.

Afinal, as normas estabelecidas pelo Direito Penal de não portar drogas para consumo próprio, assim como de não matar ou não mentir, por exemplo, não apresentam uma felicidade suficiente ou uma liberdade suficiente para a questão de como viver, pois o dever e a virtude não bastam e, portanto, o homem precisa da sabedoria para viver e escolher como viver. Segundo Sponville (2002, p. 140):

Não matar, não roubar, não mentir? Muito bem, mas quem se contentaria com isso? Quem veria nisso uma felicidade suficiente? Uma liberdade suficiente? Uma salvação suficiente? “Não pegar Aids não é uma meta suficiente na existência”, dizia-me um amigo. É claro que ele tinha razão. Mas o mesmo vale para não matar, não roubar ou não mentir. Nenhum “não” basta, é por isso que necessitamos da sabedoria: porque a moral não basta, porque o dever não basta, porque a virtude não basta. A moral manda; mas quem se contentaria com obedecer? A moral diz não, mas quem se contentaria com suas proibições? Mais vale o amor. Mais vale o conhecimento. Mais vale a liberdade.

Nesses termos, nenhum “não” da moral ou da lei basta, pois o dependente químico, usuário de drogas, não vê uma felicidade suficiente nessa obediência.

A seguinte evolução legislativa penal que culmina na despenalização do delito (art. 28 da Lei.11.343/06) demonstra

que a moral manda, mas o dependente não se contenta em obedecer.

4.1 Evolução legislativa

No Brasil, partindo historicamente do Código Penal de 1940 e como forma de preservação da saúde pública, houve uma evolução da legislação deste fato jurídico, a seguir descrita, que culminou em nova valorização da sanção imposta a esta conduta, com a despenalização do tipo penal:

- a redação original do art. 281 do Código Penal (Decreto-lei 2.848/40) não diferenciava entre o comportamento de tráfico e posse das drogas. Inexistia a conduta de porte de drogas para consumo pessoal, mas apenas tráfico;
- o Decreto-Lei 385/1968 alterou o art. 281 CP, acrescentando ao tipo penal o comportamento de trazer consigo substância entorpecente para uso próprio com a mesma pena da posse e tráfico;
- a Lei nº 5.726/71 deu nova redação ao art. 281 CP, referente a medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica;
- posteriormente, lei especial nº 6.368/76 tipificou separadamente nos artigos 12 e 16 as condutas acima; reduzindo a pena no caso de porte para consumo pessoal, isentando de pena o inimputável e fazendo diferenciação entre usuário e traficante;
- a Lei 9.099/95 passou a aplicar o instituto da suspensão condicional do processo para o usuário de droga;
- a Lei nº 10.259 de 2001 considerou a posse como infração de menor potencial ofensivo;
- a Lei nº 11.343/06, no art. 28, retirou a pena privativa de liberdade em caso de posse para o consumo pessoal;
- em 2007 houve a consolidação de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o crime do artigo 28 da Lei de Drogas e a consequente despenalização (STF, 1ª Turma, RE nº 430105 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/2/2007, DJ 27/4/2007, p. 69);
- atualmente, há um questionamento junto ao STF que discute se tal figura típica deveria sofrer revogação no Brasil, estando suspenso o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659 desde 10/09/2015, quando houve pedido de vista do falecido ministro Teori Zavascki.

Constata-se que nessa evolução legislativa a posse de droga para o consumo próprio passou a ser valorada legislativamente,

como um crime sem cominação da pena privativa de liberdade, pois não era nem necessária nem suficiente para a reprovação e prevenção desta ação, ou seja, para a inibição deste comportamento, com receio de punição, nos termos do art. 59 do Código Penal, embora haja uma repercussão psicológica.

Assim, segundo o voto do ministro-relator Gilmar Mendes, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 635659 no STF: “a criminalização acaba interferindo no direito de construção da personalidade dos usuários, principalmente os jovens, mais sujeitos à rotulação imposta pelo tipo penal, classificados como criminosos por uma conduta que, se tanto, implica apenas autolesão”.

Ainda conforme esse entendimento adotado pelo ministro:

Apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas.

Não bastou o Direito para reprimir esse comportamento, por não apresentar uma felicidade suficiente ou uma liberdade suficiente para a questão de como viver.

O conflito entre a moral, a ética e a cultura com o Direito, no regramento do como viver e a consequente busca da felicidade na pós-modernidade, interferiu na decisão do sujeito de direito de fugir do sofrimento através da opção mais crua, do uso da química, que se tornou um produto de consumo.

Se, por um lado, o direito pune tal comportamento, por outro, a droga tornou-se mais um produto de consumo dentro do capitalismo, consagrado no art. 170 da CF/88.

O uso de substâncias tóxicas é uma vitória da economia de mercado, no modo de produção capitalista, conforme as lições de Melman (1997, p. 118-119):

a toxicomania é o triunfo e a verdade da economia de mercado. O fato de que existe um objeto fabricado suscetível de anular todo gozo outro que não aquele que ele oferece, suscetível, por outro lado, de provocar o que se chama esse ‘estado de dependência’ que faz com que não seja mais possível prescindir dele, que, uma vez que se provou, se adotou e para sempre, isso é muito exatamente o ideal de todos que se arriscam a lançar produtos no dito mercado.

No contexto da sociedade pós-moderna, o derretimento das ações e escolhas possíveis na maneira de viver e buscar a felicidade

próprias da modernidade líquida, assim como o questionamento do certo e o errado, amplificado pelas liberdades de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88), respectivamente, dentro do modo de produção capitalista (art. 170, CF/88), gerou conflito nas regras (jurídica, moral, ética e cultural) que barram os instintos e as paixões humanas, decorrente do fenômeno da normatização, propiciando uma evolução e adequação da legislação penal, como adiante exposto.

5 Conflito de normas sociais. Evolução do direito penal e liberdade de pensamento

O Direito Penal evoluiu ao longo do tempo, na busca de proteção da sociedade e, em especial, da saúde coletiva, pois o homem contemporâneo encontra-se submetido a muitas formas de viver que comprometem a eficácia da norma jurídica e do poder inibitório da pena privativa de liberdade no caso de posse de drogas, em que o tipo penal restou despenalizado (art. 28 da Lei 11.343/06).

As garantias constitucionais da liberdade de comunicação (art. 220 CF/88) e as liberdades de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV CF/88, respectivamente) apresentam ao homem contemporâneo muitas formas de viver e sua resposta a como viver e quais escolhas tomar (questão central da filosofia) que possam levá-lo à felicidade tornam de difícil solução.

Tal situação limita a eficácia do Direito e gera conflito com outras normas sociais (moral e ética).

Se há uma maior liberdade de pensamento com diversas formas de viver, surge, assim, a questão dos limites da intervenção do Estado na liberdade do cidadão, através das leis, *in casu*, que reprimem o porte de drogas para consumo próprio, em sua busca de felicidade, segundo Freud.

Logo, deve ser questionado o limite do poder do Estado em interferir na liberdade do cidadão que busca sua felicidade, inclusive através do porte de drogas para consumo próprio.

6 Limites da interferência estatal na liberdade de acordo com a teoria do dano de Stuart Mill

Afinal, qual o limite do Direito e do poder do Estado em interferir na liberdade do cidadão?

Como visto, o dependente não deixará o consumo de drogas por prejudicar sua saúde ou porque assim determinava a Lei

6.368/76, que penalizava esse delito, pois não há uma felicidade suficiente.

Há uma clara relação entre o Direito com a filosofia, a ética, a moral, a economia e a psicologia, assim como das demais normas sociais, no regramento do comportamento do homem, nas suas escolhas e formas de viver, e, enfim, na sua busca da felicidade.

Nesses termos, indaga-se sobre o limite da interferência do Estado, que, se de um lado criminaliza a posse das drogas para consumo próprio, de outro, através das garantias constitucionais de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88), propicia múltiplas formas de viver.

Segundo a teoria do princípio do dano, própria da ideologia do pensamento político liberal, representada por Stuart Mill, na obra *Da Liberdade*, o Estado somente deve intervir na liberdade do cidadão e nas suas escolhas de como viver, através das leis, quando este possa causar dano a outro e não a si mesmo, como é o caso do uso de drogas.

Essa teoria sobre o princípio do dano representa uma forma de limitar a intervenção estatal. Nesse caso, na hipótese de causar dano a si mesmo, segundo os libertários, o Estado não deve interferir na maneira de como viver das pessoas, assim como nas suas escolhas na busca de sua felicidade.

Adams e Dyson (2006, p. 117), citando o filósofo Stuart Mill, defendem que somente no caso de prevenção de dano a outro se justifica a intervenção na liberdade de pensar e sentir do cidadão, nos seguintes termos: “Ninguém – seja um indivíduo ou um governo – tem o direito de restringir a palavra, a publicação de idéias ou a conduta de alguém, a não ser para evitar que esse alguém cause dano a outra pessoa”.

Ora, essa liberdade de pensar representada na escolha ética de como viver, defendida pelos pensadores liberais, aliada à universalidade moral na pós-modernidade, evidencia os limites da eficácia da norma jurídica. Afinal, o tipo penal em questão representa uma interferência na liberdade do cidadão, pois o porte de drogas para consumo próprio somente causa dano direto ao dependente químico e reflexamente à sociedade.

Nesse sentido, o Direito se separa da moral e abraça o individualismo, como ressalta o ministro Gilmar Mendes em seu voto no julgamento do RE 635659 no STF:

São ilustrativos, nesse sentido, os exemplos citados por DANIEL PRADO (Boletim, IBCRIM, outubro/2012, p. 8-9), *verbis*: ‘Mesmo **Jeremy Bentham**, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pen-

samento crítico, já entendia, em sua 'Introdução aos princípios da moral e da legislação', que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos'.

Logo, a despenalização do delito em questão, de certa forma, mostra uma menor interferência do Estado no comportamento tipificado no Direito Penal e o reconhecimento dos limites do Direito, que não bastou para reprimir o delito, quer por não oferecer uma felicidade possível, quer pela crise ética e moral com a consequente flexibilização entre o certo e o errado, quer como efeito da liberdade de pensamento que multiplicou e dificultou as escolhas quanto à maneira de viver, dentro do contexto maior do modo de produção capitalista, tutelado pela Lei Maior (art. 170, CF/88).

O homem, ao portar a droga para consumo próprio, age contra sua saúde, ao buscar sua felicidade, principalmente, diante da influência de outras normas sociais que influenciam e valoram o comportamento em questão, gerador de conflitos.

Com a despenalização do tipo penal (art. 28 da Lei 11.343/06), o Estado reconhece uma excessiva intervenção na liberdade do cidadão que contraria razões de ordem psíquica e econômica na busca de felicidade através do porte de drogas para consumo próprio.

Embora o tipo penal em questão (art. 28 da Lei 11.343/06) tenha como bem jurídico tutelado a saúde pública, o dependente não deixará o porte e o consumo de drogas por esse motivo, ou porque assim determinava a Lei 6.368/76, que penalizava tal delito, pois não há uma felicidade suficiente, demonstrando-se, assim, os limites do Direito na repressão do delito.

Logo, a busca da felicidade propiciou o descumprimento da norma jurídica. Ocorre que o homem não tem como fim a felicidade (pois seria a satisfação dos instintos), mas sim o cumprimento das normas, segundo Kant. Para o referido filósofo, a busca da felicidade é uma fonte do mal moral, como a seguir demonstrado.

7 A liberdade de querer e a busca da felicidade como fonte do mal moral

Segundo Kant (2004, p. 24), a finalidade do homem não é a felicidade, entendida como mero bem-estar (conforme o pensamento freudiano antes exposto, que propicia o uso de dro-

gas, visando reduzir o sofrimento), mas sim o uso da razão e da boa vontade:

Quando consideramos as disposições naturais dum ser organizado, isto é, dum ser constituído em ordem a um fim que é a vida, aceitamos como princípio que nele se não encontra nenhum órgão que não seja o mais conveniente e adequado à finalidade a que se destina. Ora, se num ser dotado de razão e vontade a verdadeira finalidade da natureza fosse a sua conservação, o seu bem-estar, numa palavra a sua felicidade, muito mal teria ela tomado as suas disposições ao escolher a razão da criatura para executora destas suas intenções. Pois todas as ações que esse ser tem de realizar nesse propósito, bem como toda a regra do seu comportamento, lhe seriam indicadas com muito maior exatidão pelo instinto, e aquela finalidade obteria por meio dele muito maior segurança do que pela razão.

Se a finalidade do homem fosse a felicidade, de acordo com Kant, o instinto nos governaria, o que não é o caso, pois, quanto mais o homem busca a felicidade, mais se afasta do verdadeiro contentamento e de sua racionalidade, pelo mal moral de satisfazer suas inclinações.

Na sua busca de felicidade, o homem tem a liberdade de escolha para optar por outras maneiras de enfrentar o sofrimento, de acordo com Freud, que não a utilização das drogas.

Esse sofrimento poderia ser classificado como um mal, de acordo Lacerda (2005, p. 109), ao comentar sobre os três tipos de mal segundo Leibniz:

O mal pode ser tomado metafisicamente, fisicamente e moralmente. O mal moral, restrito às criaturas racionais, é o pecado ou o mal de culpa, isto é, as ações viciosas dos seres dotados de razão. Dessa razões resulta o mal físico ou o mal da pena, ou seja, os sofrimentos desses seres racionais. Ambos, o mal moral e mal físico, são males possíveis, mas derivam de um mal necessário.

Nesse sentido, ensina Barros Filho (2013, p. 29), a liberdade de escolha é a de querer o que queremos, na liberdade de ter vontade, diferente das outras garantias constitucionais referentes às liberdades física ou intelectiva de agir ou pensar (art. 5º, CF/88):

No primeiro sentido, ser livre é questão de poder agir. Seu objeto é, portanto, a ação. A liberdade é física. De

fazer ou não. No segundo sentido, ser livre é questão de poder pensar. Seu objeto é, então, o pensamento. A liberdade é intelectiva. De pensar ou não. Neste terceiro sentido, ser livre é questão de querer. E o objeto agora é a vontade. A liberdade deixou de ser simplesmente física ou intelectiva. Por isso, muitos a denominam metafísica. E até absoluta ou sobrenatural. Será que somos livres para querer o que queremos? Você optou pela leitura do livro que tem em mãos. Nada nem ninguém o impediou. Tampouco o obrigou. Você veio ao encontro destas páginas livremente, movido pela própria vontade. Em algum instante teve vontade de vir. Mas, neste preciso instante, terá sido livre para querer ler o livro? Liberdade de ter vontade? Perceba que estamos falando de liberdades diferentes.

Há indivíduos que, pensando serem livres para querer o que querem, optam pela obtenção de felicidade mais crua utilizada para o sofrimento mais doloroso, decorrente do relacionamento com o outro e que guarda relação com o uso de drogas na busca de um estado de completude em que nada falta.

Ao escolherem de acordo com seus afetos, praticam o mal moral, por ser esta fuga uma deliberação racional inadequada de sua conduta, negando sua liberdade, que é a possibilidade de deliberar na contramão dos afetos e em nome do dever. Conforme Barros Filho (2013, p. 13):

Para muitos outros pensadores, também considerados clássicos, as escolhas da vida não podem estar à mercê de nada disso. Quero dizer, dos afetos especialmente. De modo diverso, devem respeitar normas e critérios que não levem em conta o sentimento ou a paixão, mantendo-se alinhadas com valores denominados absolutos. Assim, seria possível deliberar na contramão dos afetos e em nome do dever. Em teoria, só neste caso teríamos certeza da própria liberdade e dignidade.

Quem busca a felicidade não age em nome do dever, pois realiza o comportamento criminoso do tipo penal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06).

Quem não é livre age de acordo com seus afetos, em que a busca da felicidade é um mal moral, pois é uma deliberação racional inadequada sobre a própria conduta.

A busca da felicidade, portanto, é um mal moral, de acordo com Barros Filho (2013, p. 25), que interfere na eficácia do Direito Penal, o qual, através da sanção penal e na contramão dos afetos, reprime o comportamento do porte de drogas para consumo próprio.

A crise ética da pós-modernidade, com a flexibilidade sobre a questão moral do certo e do errado, o gozo prometido pelas drogas de acordo com Freud, assim como o triunfo da economia de mercado capitalista, compromete a liberdade de escolha do sujeito de direito.

Na atualidade, há uma adequação indevida das normas, inclusive jurídicas, aos apetites que visam ao bem-estar e à felicidade, estimulados pelo modo de produção capitalista previsto no art. 170 da CF/88, assim como pelas várias maneiras de viver, frente à garantia constitucional da liberdade de informação e pensamento (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88).

Corolário desta situação, a sanção penal de privação de liberdade não tem o efeito desejado, pois não é suficiente para reprimir este delito, o que propiciou a despenalização do tipo, como evolução legislativa.

O cidadão somente deveria aceitar o gozo e a felicidade na medida em que estivesse nos termos de lei moral, e, no caso, jurídica, de não portar drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06).

No entanto, a adequação à lei moral não ocorre, levando à busca da felicidade como o próprio mal, conforme as lições de Barros Filho (2013, p. 25):

Passemos, agora, ao que acaba acontecendo. A inversão desta hierarquia legítima. Isto é, na adequação indevida das normas aos apetites. No alinhamento do dever aos interesses do momento. Na lei como trampolim para a felicidade. Quando só deveríamos aceitar o gozo e a felicidade na medida em que estivessem conforme a lei moral, o que fazemos é respeitar esta última nos limites e nas condições que nos permitam gozar e buscar o mais eficazmente possível a felicidade. Perceba que nesta reflexão kantiana, a busca da felicidade pode ser o próprio mal.

Logo, a busca da felicidade seria a fonte do mal moral que interfere na eficácia da norma em questão cuja aplicação da pena não é suficiente para reprimir o comportamento do porte de drogas para consumo próprio, que reflete uma boa maneira de como viver e uma concepção de liberdade ligada à perfeição moral.

No entanto, essa ideia de uma concepção de liberdade ligada à perfeição moral é uma visão de fontes religiosas que se contrapõe a uma visão moderna de como viver, ensejando um menosprezo da causalidade que opera o mal moral, de acordo com Safatle e Manzi (2008, p. 16/17):

Ao permitir que motivos sensoriais tornem-se predominantes em relação aos racionais, nós ainda estamos exercitando nossa liberdade, embora de um modo que enfraqueça aquilo que ele chama de "liberdade positiva", ou autonomia. É nesse contexto que o termo "mal radical" (das radikal Bose) tem um papel importante.

[....] Contudo, esses tratamentos idealistas do mal dificilmente parecem convincentes de uma perspectiva contemporânea. Primeiramente, enquanto a noção de autonomia – crucial para Kant e seus sucessores – tiver papel crucial nas visões contemporâneas da boa vida humana, nós não a ligamos mais a uma concepção de liberdade como perfeição moral, que é em última instância derivada de fontes religiosas [...]. Fica bastante espaço para se duvidar, claro, da coerência de nosso compromisso simultâneo com um naturalismo e com um ideal pós-kantiano de autonomia. Mas mesmo deixando de lado tal dificuldade, a prevalência desse duplo compromisso na cultura contemporânea tem um resultado infeliz: ele nos encoraja a menosprezar a forma obscura de causalidade que opera no mal moral – uma causalidade localizada de alguma forma entre natureza e liberdade – na medida em que oscilamos entre determinismo naturalista e uma visão exagerada da nossa capacidade de autodeterminação racional.

No desconhecimento da causalidade obscura que opera o mal, o cidadão pratica o mal que não quer, pois este tem atrativos que o bem nem sempre possui, conforme Morin (1995, p. 21) ao citar São Paulo:

Realmente não consigo entender o que faço: não pratico o que quero, mas faço o que detesto (...). Querer o bem está ao meu alcance, não porém o praticá-lo. Com efeito, não faço o bem que eu quero, mas pratico o mal que não quero (Rm 7, 15, 18-19). O mal tem atrativos que o bem nem sempre possui.

A busca da felicidade não é, segundo Kant, o fim do homem, mas sim o cumprimento do dever, não sendo o Direito suficiente para impedir o comportamento em estudo e o respectivo fato jurídico, pois não oferece uma felicidade suficiente, diante de outras normas sociais que conflitem com essa valoração.

Quem não usa a droga, no exercício de sua liberdade de escolha, não o faz por um dever nem por obrigação legal, mas sim por escolha ética de como viver, pela moral na escolha do certo e do errado, e também por uma limitação dos desejos e instintos, que, caso desregrados, tornam a busca de felicidade uma fonte de mal moral, segundo Kant.

Acompanhando esse entendimento, tem-se hoje, como mostra a evolução legislativa, a despenalização do porte de drogas para consumo próprio, como uma menor intervenção do Estado na liberdade do cidadão, conforme apregoado por Stuart Mill, com uma menor coercibilidade estatal, pois neste caso a droga como forma de minorar o sofrimento psíquico, segundo Freud, reside muito mais no campo da ética e da moral do homem contemporâneo.

Assim, o Direito funciona como um freio aos instintos e formas de satisfação do homem em sua busca de felicidade ao reprimir o porte de drogas que é estimulado, em movimento contrário pelo modo de produção capitalista, que prega uma felicidade imediata e sem limites, gerando sofrimento e um conflito diante dessa impossibilidade da vida real.

Conclusão

Diante do fato jurídico do porte de drogas para consumo próprio, despenalizado através da lei (art. 28 da Lei nº 11.343/06), constata-se, através de uma visão interdisciplinar da economia, filosofia e psicanálise, que é limitada a eficácia da norma do Direito Penal que reprime tal comportamento através do tipo penal.

A evolução do Direito mostrou uma maior flexibilidade no cumprimento dessa norma, quer pela separação com o tipo penal de tráfico, quer pela despenalização da prática do porte de drogas para consumo próprio.

Essa mudança normativa acompanha um maior questionamento das formas de comportamento e satisfação dos desejos na chamada pós-modernidade, em que são apresentados valores como possibilidades de novas práticas, inclusive com o uso de drogas, na busca da felicidade, graças às liberdades constitucionais de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente), numa aliança entre o capitalismo como fundamento da ordem econômica (art. 170 e seguintes CF/88).

No confronto entre essas ideias, da lei como fator de disciplina dos instintos e felicidade, sobrepõe-se esta, quando o indivíduo escolhe o uso das drogas como fonte de felicidade e do mal moral, pois a norma jurídica não é suficiente para obrigar as pessoas a reprimir seus desejos, porque são fatores psicológicos, afetivos, de comportamento.

De um lado, há uma norma jurídica que tipifica o comportamento de posse de drogas para consumo próprio. De outro

lado, a maneira de como viver de cada um e sua moral. O Direito surge quando a ética e a moral falharam, e a pessoa, na busca de sua felicidade, age contra sua saúde, no uso da droga, para minorar seu sofrimento. Nessa situação, o Direito terá pouca eficácia, frente à liberdade humana como garantia constitucional.

Nesse passo, constata-se que, enquanto o Direito, através do Direito Penal, valora o fato jurídico do porte de drogas para consumo próprio como ofensa à saúde, reprimindo este comportamento através do tipo penal, o mesmo Direito, através das garantias constitucionais, possibilita um questionamento sobre o que pode ser utilizado pelo cidadão para satisfação dos seus desejos e necessidades, limitando a eficácia desta proibição legal.

A partir da análise do Direito Penal à luz da interdisciplinaridade com a Filosofia, Economia e Psicanálise, verificou-se que as questões humanas transbordam os limites do direito, pois apenas a norma não é capaz de impor obrigações. Mais do que isso, existe o meio econômico em que os cidadãos vivem, a moral, o psiquismo, o desejo interno de cada um atuando na satisfação dos seus desejos e instintos, e, enfim, na sua busca da felicidade e nas maneiras de enfrentar seu sofrimento.

Constata-se um descompasso e conflito entre os valores insculpidos na norma jurídica e as demais normas sociais que espelham a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano, comprometendo a eficácia da norma jurídica anterior (Lei 6.368), que previa a pena privativa de liberdade, e a consequente despenalização na lei atual (Lei 11.343/06), o que propiciou a problematização do direito e das normas em questão, objeto da filosofia do Direito e da reflexão deste trabalho.

Referências

- ADAMS, Ian; DYSON, R. W. **Cinquenta pensadores políticos essenciais**: da Grécia antiga aos dias atuais. Trad. Mario Pontes. Rio de Janeiro: DIFEL, 2006.
- BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BARROS FILHO. Clóvis de. **1965 - A filosofia explica as grandes questões da humanidade** / Clóvis de Barros Filho & Júlio Pompeu.
1. ed. Rio de Janeiro: Casa da Palavra; São Paulo: Casa do Saber, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014.
- BURNHAM, Douglas; BUCKINGHAM, Will. **O livro da filosofia**. Rio de Janeiro: Ed. Globo, 2012.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, volume I, parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FERNANDES, Paulo Cesar. **A Liberdade segundo Kant**. Marília: Jônio, 2010.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**, ESB XXI. Rio de Janeiro: Imago, 1978. [1930]
- KANT, I. **Crítica da razão prática**. Tradução, introdução e notas de Valério Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Ed. 70, 2004.
- _____. **Religião nos limites da Simples Razão**. Tradutor: Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008. Colecção: Textos Clássicos de Filosofia.
- LACERDA, Tessa Moura. **A política da metafísica**: teoria e prática em Leibniz. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2005.
- MELMAN, C. Por que o ICMS não é aplicável à sessão de psicanálise?. In: GOLDEMBERG, R. (Org.). **Goza!**: capitalismo, globalização e psicanálise. Salvador: Ágalma, 1997.
- MORIN, Dominique. **O mal e o sofrimento**. Tradução Nicolas Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 1995.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** - situação atual. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- Safatle, Vladimir; Manzi, Ronaldo. **A filosofia após Freud**. São Paulo: Humanitas, 2008.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SORDI, Rudyard. **Psiquiatria Forense**. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica. Campinas: Millennium, 2007.
- SPONVILLE, André Comte. **1952. Apresentação da Filosofia**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

Da unificação do direito privado e a proposta do Novo Código Comercial Brasileiro

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Especialista em Direito Privado

Graduado em Economia

RESUMO

O comércio surgiu a partir das trocas dentro dos grupos sociais, evoluindo depois para a mercancia entre cidades e entre nações. Aos poucos foram sendo instituídas regras, de início baseadas tão somente nos usos e costumes, até formar legislações, tais como o Código Comercial Francês, que distingua as normas comerciais das normas civis, estas últimas relacionadas no Código Civil da França. Havia a dicotomia entre o direito comercial e o civil, assimilada pela legislação brasileira no Código Comercial de 1850, a chamada teoria francesa dos atos de comércio. Devido à evolução da sociedade, da economia e do comércio, a teoria francesa foi sendo superada pela Teoria da Empresa, de origem italiana, baseada na empresa como ponto central da economia, com tendência a unificar o direito privado, o que se reflete no Novo Código Civil Brasileiro de 2002 e agora com a proposta de um novo código comercial para o Brasil.

Palavras-chave: Teoria da empresa. Novo Código Civil Brasileiro. Unificação do direito privado. Novo Código Comercial Brasileiro.

ABSTRACT

Trade emerged from exchanges within social groups, then evolving into commodities between cities and between nations. Rules were gradually introduced, initially based only on customs and customs, to form laws, such as the French Commercial Code, which distinguished commercial rules from civil norms, the latter listed in the French Civil Code. There was the dichotomy between commercial and civil law, assimilated by Brazilian law in the Commercial Code of 1850, the so-called French theory of acts of commerce. Due to the evolution of society, economy and commerce, the French theory was overcome by the Theory of Enterprise, of Italian origin, based on the company as a central point of the economy, with a tendency to unify private law, which is reflected in the New Brazilian Civil Code of 2002 and now with the proposal of a new commercial code for Brazil.

Keywords: Theory of the company. New Brazilian Civil Code. Unification of private law. New Brazilian Commercial Code.

Introdução

O presente trabalho tem como tema o direito comercial e sua evolução histórica e jurídica, passando de ter como ponto central o comerciante até se tornar mais complexo, abrangendo outras várias atividades empresariais.

Discutimos suas primeiras normas até chegarmos ao século XIX, quando foi instituído o Código Napoleônico, que ordenou a atividade do comerciante, através da chamada teoria dos atos de comércio. Assim, quem praticava atos de comércio era considerado comerciante e tinha privilégios e proteção legal, distintos das regras civis.

O Brasil adotou, em seu Código Comercial de 1850, a teoria francesa. A legislação italiana, que de início se filiou à escola francesa, depois adotou sua própria teoria, baseada nas empresas, que uniam capital, trabalho e mão de obra, produzindo emprego e renda para o país. Com a publicação no Novo Código Civil Brasileiro, em 2002, houve a transição da teoria francesa para a teoria italiana, passando a se caracterizar o direito empresarial, bem mais abrangente e buscando unificar o direito privado nacional.

Estudamos a evolução do direito comercial brasileiro, a importância da empresa na legislação atual e a tentativa de unificar o direito privado, posto que, seja civil, seja comercial, a importância da empresa se infere como fonte de emprego e renda e sua importância social, política e econômica. E agora surge no país a tendência de se formular um novo código comercial, a fim de resgatar os valores e princípios desse ramo do direito, além de modernizar e atualizar suas regras.

Quanto à nomenclatura, somos de opinião que a nomenclatura direito comercial ou direito empresarial pode ser utilizada indistintamente, embora havendo forte tendência de na legislação brasileira se utilizar direito empresarial, o que é bastante atacado pelos comercialistas, que não aceitam tal alteração, pois, segundo eles, afronta os princípios daquele ramo do direito.

Alguns juristas, como Fábio Coelho, sempre defenderam a permanência da nomenclatura direito comercial, até mesmo porque permaneceu em vigor o código comercial marítimo.

Há grande discussão entre a nomenclatura, se permanece o nome direito empresarial ou comercial. Entretanto, mesmo com os argumentos dos tradicionalistas, o nome empresarial tem forte tendência a ser mantido, haja vista que reflete melhor a teo-

ria da empresa, adotada atualmente no Brasil. Ademais, os princípios e regras são basicamente os mesmos.

Também se discute entre a formulação de um novo código e a aprovação de leis esparsas. Todavia, essas podem se tornar em tão grande número que venham até a dificultar a abordagem dos casos. Por outro lado, são mais facilmente modificáveis, enquanto um código para ser alterado demanda uma atividade legislativa mais complexa, o que conflita com a tendência dinâmica de tal ramo do direito.

1 Das trocas à mercancia: aspectos históricos

No início da civilização, os produtos se destinavam apenas à subsistência, com produção do que se necessitava ou obtenção na natureza. Com o crescimento das populações, passou-se a haver excedentes e necessidades de bens de que não se dispunha, passando à primeira forma de comércio, a troca entre vizinhos ou nas praças públicas.

As trocas foram se intensificando e estimularam a produção de bens destinados especialmente à venda. Essa atividade, o comércio, então, expandiu-se, desenvolvendo meios de transporte e fazendo contato entre culturas distintas.

Conforme Jean Escarra *apud* Lippert (2003, p. 37), a história do direito comercial começa com o Código de Hamurábi, tido como o primeiro conjunto de leis, elaborado em 1763 a.C., com 282 artigos esculpidos em um bloco de diorito, que representava o direito consuetudinário dos babilônicos, embora a agricultura e a pecuária fossem a base daquela economia.

Egito e Creta marcam a evolução do direito comercial entre os séculos XVI e XV a.C. Esses países atingiram seu apogeu da expansão comercial, o que foi absorvido pelos fenícios, no século XI a.C.

Os fenícios eram comerciantes de artigos como tintas, seda e lãs da Índia. Com sua técnica de construção naval, dominaram a distribuição dos produtos oriundos do Oriente e fundaram colônias no mediterrâneo, com destaque para a ilha de Rodes, onde foram elaboradas leis marítimas posteriormente transmitidas para as civilizações grega, romana e medieval.

Entre VI a.C. e IV d.C. são destaques Grécia e Roma. Os gregos elaboraram normas de direito consuetudinário, principalmente com relação ao direito marítimo. As normas e institutos gregos foram absorvidos pelos romanos, apesar do pouco interesse no comércio pela sociedade romana, basicamente latifundiária e escravista.

Com a queda do Império Romano, houve as invasões dos latifúndios e os senhores feudais impuseram sua dominação.

Na Idade Média, o comércio difundiu-se por vários países. Durante o Renascimento Comercial na Europa, comerciantes e artesãos uniram-se em corporações de ofício, entidades que tinham autonomia perante o poder real e os senhores feudais.

Conforme Coelho (2003, p. 6), "nas corporações de ofício, como expressão dessa autonomia, foram paulatinamente surgindo normas destinadas a disciplinar as relações entre os seus filiados. Na Era Moderna estas normas pseudo-sistematizadas serão chamadas de Direito Comercial".

Como se vê, o direito comercial originou-se dos usos e costumes, em face da ausência de um sistema jurídico próprio para as transações comerciais, tendo os mercadores elaborado sua jurisdição própria em corporações, onde eram solucionados os conflitos entre os associados e entre associados e terceiros.

As feiras e vilas (burgos) em que os mercados se instalavam deram origem às cidades europeias, depois criando a chamada classe burguesa. As normas criadas pelos comerciantes foram consolidadas, originando a legislação das cidades italianas. Por essas normas, o direito se aplica àqueles que são associados a uma corporação de ofício, sendo, nessa época, um direito corporativo, especial, consuetudinário e autônomo.

Na segunda metade do século XVI, iniciou-se a era do Mercantilismo. Os tratados de Stracca, De Turris e De Lucca, conforme Requião (1998, p. 17), representaram o início da sistematização e a regulação do comércio internacional.

Porém, a definição se a atividade era de natureza comercial ou civil continuava decorrente da figura do comerciante, do associado à corporação, de aspecto subjetivo, independentemente do ato praticado.

2 A edição do Código Comercial Francês e a teoria dos atos de comércio

No início do século XIX, foram editados na França o Código Civil (1804) e o Código Comercial (1808). Surgiu, então, um sistema jurídico para disciplinar as atividades, classificando as relações privadas em civis e comerciais, com regras diferentes para obrigações, contratos, prescrição, prerrogativas, foros e provas para cada regime. O campo de incidência do código comercial passou a ser determinado pela Teoria dos Atos de Comércio (COELHO, 2003).

Destarte, com o Código Comercial Francês, o direito comercial passou da pessoa do comerciante (fase subjetiva) para

os atos jurídicos praticados por qualquer pessoa (fase objetiva), os chamados atos de comércio. Deixou de ser necessário pertencer a uma corporação de ofício, bastando praticar atos considerados de comércio.

Fundamentado no Código Francês, pode-se entender por comerciante os que exercem atos de comércio com habitualidade. A Teoria dos Atos de Comércio difundiu-se, por exemplo, entre as codificações espanhola (1829), portuguesa (1833), italiana (1882) e brasileira (1850).

Ato de comércio distingue-se do ato jurídico de natureza civil pelo seu caráter especial, pela mediação entre a produção e o consumo, no seu conceito econômico. Consoante leciona Lippert (2003, p. 52):

O caráter especial do ato jurídico que o transforma em comercial é o fato de ser ato de intermediação e de especulação, exercido com profissionalidade e objetivando a lucratividade, em nada se distinguindo da teoria da intermediação (mediação, profissionalidade, habitualidade, lucratividade).

Havia os sistemas enumerativo e descriptivo. O sistema enumerativo arrolava os atos considerados mercantis, sendo adotado pelo Código Francês e seguido por várias codificações. No sistema descriptivo a lei indicava as características do ato de comércio. Transcrevemos o disposto nos códigos português e espanhol:

Serão considerados atos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar (FERREIRA *apud* LIPPERT, 2003, p. 53).

É de se ressaltar que Portugal elaborou dois códigos em 55 anos, o primeiro, de 1833, exigindo para caracterização como comerciante a matrícula no tribunal do comércio.

Os espanhóis também produziram dois códigos em 56 anos. Em 1829, adotou o sistema eclético, para ser reputado comerciante deveria estar inscrito na matrícula dos comerciantes e se ocupar com habitualidade do tráfico mercantil. O Código de 1885 adotou o sistema francês, sendo necessário somente se dedicar ao comércio com habitualidade para ser comerciante.

Na Alemanha (1897), o código comercial alargou a definição, considerando atos de comércio todos os que o comerciante pratica em suas atividades.

Segundo Coelho (2003, p. 8), atualmente na França não se distinguem mais atos de comércio dos civis, sendo qualquer atividade econômica, explorada por qualquer tipo de sociedade, regida pelo direito comercial.

3 O Código Brasileiro de 1850

O Direito Comercial brasileiro de início era disciplinado pelas leis portuguesas e pelos códigos da Espanha e da França, no caso de existência de lacunas, posto que na legislação portuguesa havia previsão de que para dirimir conflitos de natureza comercial poderiam ser aplicadas as leis de nações amigas e cristãs.

O Brasil seguiu o modelo francês e adotou o sistema enumerativo, embora não houvesse sequer a expressão "atos de comércio". Era dividido em três partes: do comércio em geral, do comércio marítimo e das quebras, afora a legislação complementar sobre a justiça comercial.

De natureza subjetivista, em vez de ser criado um sistema enumerativo no próprio código, ficou previsto que os atos de comércio só seriam definidos quando regulamentada a competência dos Tribunais do Comércio, previstos para funcionar no país. Porém, em 1875 foram extintos os Tribunais do Comércio, passando sua jurisdição para a Justiça Comum e as funções administrativas para as Juntas Comerciais.

O sistema enumerativo acarretou, todavia, profunda controvérsia, sobretudo na França, pois foi necessário indagar se a enumeração da lei era taxativa ou meramente exemplificativa.

Acerca da discriminação dos atos de comércio, Requião (1998, p. 40) entende que esta foi meramente exemplificativa, permitindo interpretação extensiva.

Adotou o Código Comercial Brasileiro o sistema subjetivo, porquanto define o que seriam os atos de comércio ao fornecer o conceito de comerciante. A definição de atos de comércio estava no regulamento nº 737, de 1850:

Art. 19. Considera-se mercancia:

Os actos enumerados pelos paragraphos que se seguem são reputados commerciaes júris et de jure, não sendo admissível prova em contrario.

§ 1º - A compra e venda ou troca de effeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso;

§ 2º - As operações de cambio, banco e corretagem;

§ 3º - As empresas de fabricas, de commissões, de deposito, de expedição, consignação, e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos;

§ 4º Os seguros, fretamentos, riscos, e quaequer contratos relativos ao commercio marítimo;
§ 5º A armação e expedição de navios.

Mendonça (1933) defendia que o rol do artigo 19 do Regulamento 737/50 descrevia os atos mais importantes para a profissão de comerciante. Assim, apresentou a divisão dos atos de comércio considerada clássica e utilizada por vários doutrinadores:

- a) atos de comércio por natureza ou profissionais - correspondem à enumeração do artigo 19 do Regulamento nº 737;
- b) atos de comércio por dependência ou conexão - são os atos que visam a promover, facilitar ou realizar o exercício do comércio;
- c) atos de comércio por força ou autoridade da lei - como os que constam do artigo 20 do Regulamento (letras de câmbio, seguros, riscos e fretamento, entre outros).

No Brasil foi difundida a Teoria de Carvalho de Mendonça, constituindo-se uma abordagem exemplificativa dos atos de comércio no período em que vigorou a teoria francesa no país, concedendo-se alguns privilégios a alguns tipos de comerciantes, em detrimento de uma classe de empreendedores que mais e mais crescia na economia nacional.

4 A Teoria da Empresa e a transição para o Direito Empresarial

Em 1942 surgiu na Itália um novo sistema de regulação das atividades econômicas. Aumentou o âmbito de incidência do direito comercial, passando a ser aplicado a atividades antes consideradas civis. Então, o direito comercial passou de regular somente a mercancia para regular também a produção empresarial de bens ou serviços.

Na época havia uma divergência ideológica entre o fascismo e o marxismo, com luta entre burguesia e proletariado, através do perfil corporativo da empresa apresentando a comunhão dos ideais de empresários e trabalhadores. De acordo com Coelho (2003, p. 9):

Para o marxismo, o proletariado tomará o poder do estado, expropriará das mãos da burguesia os bens de produção e porá fim às classes sociais (e, em seguida, ao próprio estado), reorganizando-se as relações de produção. Já para o fascismo, a luta de classes termina em harmonização patrocinada pelo estado nacional. Burguesia e proletariado superaram seus anta-

gonismos na medida em que se unem em torno de superiores objetivos da nação, seguindo o líder que é intérprete e guardião destes objetivos. A empresa, no ideário fascista, representa justamente a organização em que se harmonizam as classes em conflito.

A Teoria da Empresa tornou-se independente dos ideais fascistas, permaneceu após a democratização da Itália e inspirou a reforma da legislação comercial de vários países, como a Espanha (1989) e o Brasil (2002).

Destaque-se que a teoria italiana não se prende ao gênero da atividade econômica. O que importa é o desenvolvimento da atividade econômica mediante a organização de capital, trabalho, tecnologia e matéria-prima, que resulta na criação e na circulação de riquezas. O direito comercial teve o seu campo de abrangência ampliado, alcançando atividades econômicas até então consideradas civis em razão do seu gênero.

Por conseguinte, a teoria da empresa, ao contrário da teoria francesa, não divide as atividades econômicas em dois grandes regimes (civil e comercial), mas adota um regime amplo para as atividades econômicas, excluindo desse regime apenas as atividades intelectuais, de natureza literária, artística ou científica.

Muitos autores não distinguem o empresário comercial da figura do antigo comerciante. Entretanto, no conceito social de empresa, que tem fins de auferir lucros, mas também propiciar emprego e renda, essa tem reflexos na economia nacional.

Fatores como a oscilação da economia podem fortalecer ou levar a empresa à falência, razão pela qual reiteradamente o governo intervém com medidas fiscais, monetárias e cambiais, não para manter o lucro dos comerciantes, mas à luz de princípios como da livre-iniciativa, da função social da empresa, da livre concorrência, da defesa do consumidor e do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas para manter o país em crescimento, visando o bem comum.

5 A teoria da empresa no Brasil

Várias leis brasileiras passaram a apresentar aspectos da teoria da empresa, mesmo durante a vigência do antigo Código Comercial, baseado na teoria francesa.

Em face das lacunas nas normas comerciais do país e da falta de critérios científicos na divisão entre atividades civis e comerciais, como também pela exclusão de importantes atividades do rol de comerciais, passou-se a considerar a teoria dos atos

de comércio insuficiente à evolução social e à complexidade das relações comerciais brasileiras.

Houve um período de transição entre a Teoria dos Atos de Comércio, adotada no Código Comercial e em leis extravagantes, como o Decreto-Lei 4.574/45, e a Teoria da Empresa.

Várias normas começaram a refletir a Teoria da Empresa, como a Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), Lei 9.279/96, da Propriedade Industrial, e Lei 9.841/99, Estatuto da Micro e Pequena Empresa, entre outras.

Portanto, em face da evolução econômica e social do país, a teoria dos atos de comércio foi sendo superada. Embora vigente por mais de um século e meio, com o crescimento econômico, a industrialização, o crescimento das cidades, a especialização dos ramos industriais, comerciais e de serviços, o direito comercial passou a exigir uma nova concepção, que veio a ser apresentada com o Novo Código Civil, que adotou de maneira efetiva a teoria da empresa e tentou unificar o direito privado.

6 A unificação do Direito Privado

Conforme Almeida (2004), Cesare Vivante lançou em 1892, na Universidade de Bolonha, a ideia de unificação do direito privado, criticando a existência de dois códigos, o civil e o comercial, este voltado para o interesse exclusivo dos comerciantes. Outra crítica de Vivante era que a dicotomia do direito privado prejudicava o exercício do direito e a aplicação da justiça, vistas as controvérsias sobre matéria civil ou comercial, principalmente por causa da problemática de se definir atos de comércio.

De outro lado, o também italiano Alfredo Rocco defendia a autonomia do direito comercial, afirmando que existiam princípios gerais de direito comercial e princípios gerais de direito civil, que tinha métodos próprios, doutrinas homogêneas e as relações particulares que regula.

Em 1942 foi promulgado o Código Civil Italiano, unificando parcialmente o direito privado daquele país. Entretanto, logo após foram promulgadas normas disciplinando o direito falimentar e concordatário, demonstrando que a unificação não era tão absoluta como se planejava.

No Brasil, em 1859 foi elaborado um projeto de Código Civil unificando as normas mercantis, mas foi de logo rejeitado. Mas, com o Código Civil de 1916, do projeto de Clóvis Beviláqua, permaneceu a separação entre direito civil e comercial.

Com a promulgação do Novo Código Civil de 2002, defendido como o diploma de unificação do direito privado brasileiro, esta foi parcial, como defende Almeida (2004, p. 6):

- O direito falimentar continua regido por lei especial;
- Os títulos de crédito, apesar das normas gerais nos arts. 887 e 926 do Código Civil, são disciplinados por leis específicas;
- A sociedade anônima e a sociedade em comandita por ações são regidas por lei própria;
- Continua em vigor a parte segunda do Código Comercial, sobre o Direito Marítimo.

Ademais, conforme Martins (1995, p. 44), "ao contrário do direito civil, formalista e complexo, o comercial procura soluções para as diversas relações jurídicas dentro da maior simplicidade". E prossegue: "o direito comercial é cosmopolita, com tendência à internacionalidade, ao contrário do direito civil - mais voltado às relações pessoais e internas de cada país".

Com a evolução social, política e econômica, houve a formação de grupos, tais como o MERCOSUL e o Mercado Comum Europeu. As legislações dos países foram sendo adicionados os tratados e convenções internacionais, além da formação de entidades reguladoras do comércio, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), o que demonstra mais e mais a importância do direito empresarial, tanto a nível jurídico, como a nível econômico e político.

Configura-se uma tendência à descodificação dos sistemas, por meio de leis especiais e autonomia crescente dos diversos ramos do direito. Como observa Wald (2011, p. 237):

Cabe ao direito societário acompanhar a evolução tecnológica e as relações comerciais, ou seja, constituir realmente um novo direito para uma nova economia. A melhor opção consiste, pois, em manter uma lei especial para a matéria ou, no futuro, incluí-la num verdadeiro Código das Sociedades Comerciais, que existe em outras legislações.

Carvalhosa (2012) dispõe que a tendência do direito, a partir do século XX, é a superação dos códigos por leis especiais, por serem mais efetivas. Em seus termos:

A mobilidade que as leis especiais apresentam, permitindo a adaptação do seu texto à contínua evolução do processo social e de suas técnicas, impõe, com efeito, a adoção de uma lei especial para regular a sociedade anônima, cuja dinâmica é, de certo modo,

incompatível com uma lei geral cuja vocação é a permanência. [...] A função da lei geral, no caso o direito comum (Código Civil de 2002), é a de perpetuar valores fundamentais da sociedade, de longa tradição, sem embargo da inclusão em seu texto da evolução das relações pessoais e coletivas (CARVALHOSA, 2012, p. 376).

Então, segundo tais autores, a moderna tendência do Direito é no sentido da descodificação, para a existência de leis especiais, mais flexíveis, mais facilmente passíveis de mudanças e atualizações de acordo com a evolução social, que requer normas que atendam ao anseio dessa sociedade.

Os códigos, por sua extensão e complexidade, para sua reforma requerem vários trâmites legislativos, portanto de forma mais lenta, às vezes não atendendo às tendências sociais, que evoluem de forma célere, principalmente na área empresarial, cada vez mais globalizada. Por conseguinte, as leis esparsas sobre assuntos específicos tornariam o direito atual, aplicável e moderno, atendendo à evolução do sistema jurídico no aspecto empresarial.

Entretanto, temos no Brasil o Direito Empresarial inserido no Código Civil, que contém, em grande parte, normas gerais, e com vasta legislação extravagante, o que demonstra já aspectos de atendimento às necessidades de constante atualização desse ramo do Direito, que se encontra intimamente ligado também à política econômica e social do país, requerendo, às vezes, reformas céleres.

A empresa, além de produtora de bens e serviços, tem sua função social, baseada principalmente no princípio da continuidade da empresa, razão pela qual a legislação busca preservá-la em funcionamento, com vários institutos possíveis, tais como a recuperação judicial, além da concessão de crédito pelo governo, tudo com o intuito de continuar gerando emprego e renda e expandindo a economia nacional.

Com o Código Civil de 2002, o Brasil abandona a Teoria dos Atos do Comércio, põe fim à fase objetiva dentro do Direito Comercial. Tem-se a empresa e o empresário como responsáveis pela circulação dos bens e serviços. Empresa definida como a organização dos fatores de produção (natureza, capital e trabalho) para o exercício de uma atividade econômica consistente na produção, circulação de bens e serviços, substituindo a figura do comerciante tradicional pela do empresário.

A empresa, pois, tem maior abrangência para a sociedade e para a economia, pois não é somente composta por entidades

comerciais: é pessoa jurídica que dá emprego e é essencial para a economia nacional.

7 O Direito Comercial e sua inserção no Código Civil

Considerando todo o desenvolvimento do Direito Comercial, evidenciando o panorama da transição da teoria comercial para a empresarial, os doutrinadores discutem atualmente sobre a presença deste no Código Civil de 2002 e o motivo de se absterem de editar um novo código comercial, distinto do Código Civil, que afirme a autonomia desse ramo do direito, pois, apesar da unificação formal, jamais houve a incorporação literal do direito comercial ao direito civil.

A unificação dessas matérias é uma questão de organização legislativa e, mesmo não tendo suas normas inseridas em um código próprio, sempre terá autonomia jurídica, pois é dotada de princípios e regras próprias, autônomas e independentes e possui um campo de atuação delimitado.

A nomenclatura que se dá, na verdade, não afeta em nada sua autonomia, nem mesmo por fazer parte do Código Civil, ambos ramos do direito privado. Por outro lado, não se deve confundir autonomia formal com autonomia científica. Aquela não é fator determinante da autonomia de qualquer ramo do direito, pois se trata de mera questão discricionária do legislador.

Há diferenças que são discutidas, para uma definição de obrigações, sobre comerciante e empresário e o fim de sua atividade, para tratar de uma obrigação comercial ou de uma obrigação civil.

A alteração legislativa trouxe inovações no sentido de equivarpar o comerciante ao empresário, de forma a ampliar o alcance da nomenclatura, no intuito de abarcar também quem não era compreendido como comerciante, passando a regular todos os atos praticados na economia entre indivíduos de direito privado. No entanto, o Direito brasileiro já incorporava na doutrina, na jurisprudência e em leis esparsas a teoria da empresa mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002.

O Código Civil, no livro dedicado ao direito empresarial, apresentou novas estruturas de sociedades, definidas em simples - que já existiam no sistema italiano e suíço - e empresárias, que se dedicam a atividades de natureza econômica.

Diante das críticas que sofria o critério dos atos de comércio, que contemplava um rol taxativo, a figura do comerciante foi extinta com a edição do Código Civil de 2002, substituindo-a

pelo empresário, passando-se do regime da comercialidade para um regime de empresariedade, conforme o artigo 982 do Código Civil vigente.

8. A problemática da tradicional nomenclatura Direito comercial

A expressão direito comercial, que ficou consagrada no meio jurídico acadêmico e profissional, surgiu na Idade Média com um caráter eminentemente subjetivista, já que o comércio foi a atividade precursora deste ramo do direito, sendo elaborado pelos comerciantes, reunidos nas corporações de ofício, para disciplinar suas atividades profissionais.

Assim, não é difícil constatar a relutância de alguns autores desse ramo do Direito em aceitarem a mudança de nomenclatura, isto é, taxando-se o direito como empresarial e não mais como comercial.

Hodiernamente, o direito comercial cuida das relações empresariais atuais e não apenas do comércio. É aplicável a qualquer atividade econômica exercida com profissionalismo, intuito lucrativo e finalidade de produzir ou fazer circular bens ou serviços. Aplica-se aos agentes econômicos chamados de comerciantes e doravante denominados de empresários individuais e as sociedades empresárias.

Diante da atual realidade, seria mais prudente a utilização do direito como empresarial, até como forma de modernizar esse ramo do direito, quebrando a tradição comercial firmada desde a Idade Média e uniformizando a nomenclatura, admitindo que a Teoria do Comércio pelo nosso ordenamento jurídico foi transportada pela Teoria da Empresa.

Inicialmente, o Direito Comercial se prestava à regulamentação das atividades do comércio. Porém, com o passar do tempo, as atividades comerciais evoluíram sobremaneira, passando a abranger a indústria e outras atividades não necessariamente mercantis.

Dessa forma, observa-se que a evolução ocorreu na medida em que a ideia reducionista do Direito comercial se tornou obsoleta e não é mais o comerciante, subjetivamente, nem o ato de comércio, sob a ótica objetiva, mas a empresa o centro do direito tradicionalmente nomeado de comercial.

O direito empresarial não trata apenas de atividades empresariais, mas de toda atividade econômica exercida profissionalmente, visando ao lucro e à circulação de bens ou troca de serviços.

Demonstra-se, com isso, que a teoria da atividade empresarial proporcionou uma mudança de estrutura no antigo Direito Comercial, havendo um distanciamento entre os dois. "A teoria da empresa é fruto da teoria dos atos de comércio, onde a figura do comerciante foi substituída pela figura do empresário que pode se dedicar às atividades de cunho comerciais, como as atividades de intermediação de bens e serviços" (CAMPOS, 2010, p. 51).

A adoção da nomenclatura Direito Empresarial seria um passo grande direcionado à modernização do nosso ordenamento jurídico, porque quebraria o costume de o direito sempre ser guiado pelo tradicionalmente aceito, de forma a demonstrar que o direito também acompanha as inovações da sociedade.

9 A proposta de um novo Código Comercial

O Código Comercial de 1850 tinha três livros, a saber: Do Comércio em Geral; Do Comércio Marítimo; e Das Quebras.

Em 1890 surgiu a primeira Lei Falimentar, derrogando a parte terceira do Código Comercial. O Código Civil de 2002 derrogou a parte primeira do Código Comercial de 1850, sobrando apenas a parte segunda, referente ao Direito Marítimo.

Não se pode, portanto, dizer que ainda subsiste o Código Comercial de 1850 nem que o conjunto de normas referentes ao Direito Marítimo é um Código Comercial. A proposta de um novo código comercial busca reverter a unificação do direito privado empreendida pelo Código Civil.

Tivemos um código comercial que vigeu durante mais de um século, com artigos que discutiam, por exemplo, questões superadas pela tecnologia, tais como o tempo da aceitação e da recusa de proposta, utilizando-se a remessa de carta, quando já se utiliza e-mail, celular e até aplicativos como WhatsApp em negociações comerciais, onde a aceitação e recusa são instantâneas.

O direito comercial precisa estar sempre atualizado, em relação tanto à internet quanto ao comércio eletrônico e a tudo o que lhe é pertinente, para utilização de títulos de créditos, contratos e obrigações que em forma eletrônica tenham a agilidade que o comércio e a sociedade almejam.

Os juristas criticam as disposições do Código Civil quanto ao livro II sobre direito de empresa, ressaltando que os 229 artigos não foram suficientes para abordar adequadamente o sistema comercial brasileiro. Como discorre Mendes (2009, p. 1):

Na verdade não há unificação das disciplinas de Direito Civil e Direito Comercial, o que houve em 2002, com o advento do Código Civil, foi a unificação de cer-

tas obrigações de direito privado e a inclusão, na lei civil, de textos que tratam de assuntos relativos a direito comercial [...] Criou-se o Livro II intitulado "Do Direito de Empresa", houve a fusão do Direito Civil com o Direito Comercial, é dividido em quatro títulos referentes aos artigos 966 a 1.195, disciplinando-se tudo que diga respeito ao "empresário", "empresa", "o estabelecimento", e os "institutos complementares" que regulamentam e disciplinam a atividade empresarial.

A autonomia do Direito Comercial no Brasil é referida até mesmo na Constituição Federal, menciona "Direito Civil" em separado de "Comercial" (CF, art. 22, I), com isso como mencionado anteriormente não compromete a autonomia do Direito Comercial. A maneira mais adequada de chamar as alterações do Novo Código Civil em relação ao Direito Comercial é que houve uma organização no direito privado brasileiro [...] Mesmo com toda evolução que teve ao longo das décadas, o Direito Comercial inserido no Novo Código Civil, não perdeu sua autonomia.

O Código Civil de 2002, agora substituído pelo termo, Direito Empresarial, constitui o termo inicial de uma fase nova da disciplina no país. Será a base para a caracterização do empresário e da delimitação da matéria comercial segundo a teoria da empresa, correndo para a definição da comercialidade das relações jurídicas no Brasil.

Como recentemente afirmou o professor Fábio Ulhôa em um de seus livros, ao citar Waldemar Ferreira em 1960, apreciando a questão: "possui o Direito Comercial traços que o tornam inconfundível. Mas não desaparecerá. Códigos são uma coisa. Direito é outra".

Nove anos após a vigência do Código Civil, foi apresentado em 2011 na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.572, que visa instituir o novo Código Comercial. O projeto inicialmente era composto por 670 artigos, sendo dividido em cinco livros, sobre as seguintes matérias: Livro I - Da Empresa; Livro II - Das sociedades empresárias; Livro III - Das obrigações dos empresários; Livro IV - Da crise da empresa; e Livro V - Das disposições finais e transitórias.

No Senado Federal tramita o Projeto de Lei 487/13, que também propõe um novo Código Comercial, formado, a princípio, pelos seguintes livros: PARTE GERAL: Livro I - Do Direito comercial; Livro II - Da pessoa do empresário; Livro III - Dos bens e da atividade do empresário; e Livro IV - Dos fatos jurídicos empresariais. PARTE ESPECIAL: Livro I - Das sociedades; Livro II - Das obrigações dos empresários (contratos, obrigações e títulos de crédito); Livro III - Do Agronegócio; Livro IV - Do Direito Comercial

Marítimo; e Livro V - Do processo empresarial. PARTE COMPLEMENTAR: Livro Único - Das disposições finais e transitórias.

Vale ressaltar que, nos termos do regimento das casas legislativas, terá preferência na votação o projeto que primeiro chegar à casa revisora. O que está com tramitação mais avançada é o projeto oriundo da Câmara Federal, que até final de 2016 estava para ser pautado para votação na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, mas a votação do relatório final foi adiada, segundo o relator, a pedido do governo, que "quer dar mais algumas sugestões ao texto" (CARAM, 2016, p. 1).

O projeto ora em discussão foi elaborado por uma comissão liderada pelo jurista Fábio Ulhoa Coelho, havendo encontros em vários estados, com juristas, empresários e políticos para discutir e apresentar propostas para o novo código.

Vale ressaltar que o novo Código Comercial visa atualizar e disciplinar relações jurídicas, tais como os contratos celebrados entre empresas, os contratos firmados entre estas e os bancos, os títulos que viabilizam o financiamento privado das atividades econômicas, os direitos e obrigações dos sócios e as medidas relativas à crise da empresa (falência e recuperação judicial), com os princípios e normas de tais atividades.

Destacam-se entre suas principais alterações a admissão e regulamentação dos contratos celebrados de forma eletrônica, bem como os títulos de crédito deles derivados, como a duplicata. As assinaturas eletrônicas terão presunção jures et jures, até mesmo em face da certificação digital.

Aborda temas pertinentes à vida moderna, tais quais o princípio geral da boa-fé e ética na interpretação dos contratos; comércio eletrônico; função social da empresa e regulação da atividade dos shoppings; permissão para que toda a documentação empresarial seja mantida em meio eletrônico, entre outros, o que demonstra a louvável intenção do texto de modernizar e evoluir a legislação comercial.

Busca-se contemplar os avanços tecnológicos aplicáveis à documentação empresarial e o comércio via internet, o fornecimento, de colaboração, de logística, de investimento conjunto, contratos bancários, financeiros, entre outros tipos, e a regulamentação das obrigações dos empresários.

Outro ponto diz respeito à limitação da responsabilidade dos sócios, com seus bens pessoais, por dívidas trabalhistas da pessoa jurídica e, ainda, a simplificação das juntas comerciais no registro das empresas.

Além da normatização de temas atuais, vale destacar os seguintes pontos:

- A regulamentação das obrigações dos empresários, com atenção aos princípios e regras próprios do direito comercial ou empresarial, superando-se a experiência de unificação do direito privado empreendida pelo Código Civil, que tem sido considerada prejudicial à previsibilidade das decisões judiciais e à força vinculante dos contratos;

- A instituição de prazos prescricionais mais curtos do que os de direito civil, medida mais adequada à rapidez dos negócios empresariais, como também a regulamentação de contratos empresariais, como os de compra e venda mercantil, de fornecimento, de colaboração, de logística, de investimento conjunto, contratos bancários ou financeiros, entre outros.

É prevista a introdução de um novo contrato denominado "fideicomisso empresarial", que impulsionará os investimentos em grandes empreendimentos e obras públicas, além da modernização da disciplina jurídica da duplicata, tratando, inclusive, de seu suporte eletrônico.

Fideicomisso significa a custódia e administração de bens, interesses ou valores de terceiros. Conhecido no exterior pelo nome *trust*, é uma alternativa para investimentos que está sendo expandida pelo novo código em discussão.

O regime fiduciário é uma alternativa nova para o empresário se proteger dos riscos empresariais. A Lei deve estimular os investimentos e proteger a comunidade empresarial, limitando as perdas no caso de insucesso do empreendimento. Atualmente, para o empresário se proteger do risco empresarial, ele precisa, necessariamente, chamar alguém para ser seu sócio. Com o regime fiduciário isso será dispensável, podendo investir nas empresas mas sem ser sócio, recebendo apenas os lucros do investimento.

Codificação ou descodificação, o importante é que a legislação esteja sempre em conformidade com os avanços e a dinâmica das relações comerciais.

10 Alguns pontos a se destacar no projeto

Conforme os juristas que defendem o projeto, os princípios gerais do novo Código são liberdade de iniciativa, liberdade de competição e especialmente a função social da empresa, esta de grande repercussão na sociedade, posto ser o grande gerador de emprego e renda do país. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, mas também por contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade onde atua, de sua região e do País.

Além disso, a empresa exerce seu papel social ao adotar práticas empresariais sustentáveis, visando à proteção do meio ambiente, e ao respeitar os direitos dos consumidores, segundo as leis vigentes no País.

Os empresários individuais (pessoas físicas) ou as sociedades empresárias (pessoas jurídicas) podem ser classificados segundo o porte da empresa nas seguintes categorias: microempresário; empresário de pequeno porte; empresário médio; e empresário de grande porte. O Novo Código Comercial não irá alterar as categorias de empresas atualmente previstas em diversas legislações, mas vai concentrá-las numa única lei.

Os microempresários, assim como os empresários de pequeno porte, continuarão a gozar de tratamento jurídico diferenciado, com o objetivo de incentivar seu desenvolvimento, na forma da lei específica destes empresários (Lei Complementar nº 123/2006). Esse tratamento diferenciado consiste na simplificação, eliminação ou redução de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. É o chamado "Simples Nacional", que permanecerá inalterado.

A mudança proposta pelo Projeto de Novo Código Comercial consistirá na simplificação da sociedade limitada. Esse tipo de sociedade é o utilizado pela grande maioria dos micros, pequenos e médios empresários no Brasil, correspondendo a mais de 95% dos registros de sociedade nas Juntas Comerciais.

O Projeto de Novo Código Comercial prevê a manutenção da Lei das Sociedades Anônimas de 1976. Buscará disciplinar novos assuntos, que não se encontram regulados por ela. Importante inovação relativa à responsabilidade dos sócios consiste no detalhamento e aprofundamento da disciplina da "desconsideração da pessoa jurídica".

Entretanto a desconsideração da pessoa jurídica não pode ser objeto de retrocesso legal, esse que se constitui num meio de se coibir fraudes e outras ilícitudes no meio empresarial. Além da proposta de inclusão do *trust* ou fideicomisso, que precisa ter uma normatização bem específica para evitar que possam sejam utilizados, por exemplo, como fonte de fraudes e evasão fiscal.

Mas o Projeto de Novo Código Comercial busca também simplificar a contabilidade dos empresários, dando maior importância às normas criadas pelos próprios contabilistas, por meio do Conselho Federal de Contabilidade.

O novo Código dispõe, por exemplo, sobre concorrência (CNC, 2016, p. 3):

Concorrência desleal é o emprego de meios ilegais, imorais, desonestos, fraudulentos ou repudiados pela

generalidade dos empresários que atua no mesmo segmento de mercado. E exemplifica como práticas desleais:

I - divulgação de informação falsa em detrimento da imagem de concorrente;

II - divulgação de informação falsa em proveito de sua própria imagem;

III - aliciamento, mediante recompensa de dinheiro ou outra utilidade, de empregado ou colaborador de concorrente para obter informação reservada, confidencial, sigilosa ou estratégica ou qualquer outro proveito indevido; e

IV - utilização de informação reservada, confidencial, sigilosa ou estratégica de um empresário, à qual teve acesso lícita ou ilicitamente, na exploração de empresa concorrente.

Concorrência ou conduta parasitária é o aproveitamento, sem a devida autorização, do potencial de resultados econômicos de marca, nome empresarial ou outros sinais distintivos alheios, de apelo publicitário notoriamente associado a outra empresa ou, por qualquer meio, de investimentos realizados por outrem na exploração de sua atividade econômica. Exemplifica como parasitismo:

I - a equiparação do produto ou serviço ao de outro empresário, concorrente ou não, feita com o propósito de difundir informação insuscetível de comprovação objetiva, sobre as qualidades dos que oferece ao mercado; e

II - a utilização de qualquer elemento de estabelecimento empresarial de outro empresário, concorrente ou não, especialmente os intangíveis, que possibilite a vantagem indevida de não ter que realizar determinado investimento na própria empresa.

Conforme Coelho (2016, p. 2), com a ausência de um código comercial, as decisões judiciais são tomadas com base no Código Civil, que, ao longo dos anos, agregou diversas leis relacionadas à conduta das relações empresariais. Com um Código Comercial que unifique essas regras, haverá maior segurança jurídica.

Atualmente, grande parte dos negócios entre empresários é realizada por meio de plataformas eletrônicas acessíveis pela internet, ainda não disciplinadas por lei. Coelho (2016, p. 3) explica que hoje, por exemplo, não há regulamentação do comércio eletrônico (compras feitas pela internet) e regras claras que estabeleçam a relação entre empresários desse setor.

O novo código pretende concentrar em um único livro leis relacionadas às sociedades, ao comércio eletrônico e ao direito marítimo. Entretanto, o novo Código Comercial disciplinará ape-

nas o comércio eletrônico entre empresários. O comércio eletrônico com os consumidores será objeto de disciplina na reforma do Código de Defesa do Consumidor.

Com a discussão do projeto, inclusive em várias capitais brasileiras, foram esclarecidas questões polêmicas, que foram deviamente excluídas do projeto. Entre estas, Negrini (2016, p. 2) destaca:

O dispositivo que tentava definir e reduzir o conceito de função social da empresa e o que permitia ao Ministério Público pedir a anulação do registro das empresas em caso de descumprimento de sua função social foi extinto.

Ora, a função social da empresa é um conceito abrangente, de cunho filosófico, econômico, constitucional, que não deve ser restrinido por um artigo de lei. Da mesma forma o ministério público tem plenos poderes para atuar em defesa da sociedade, como na fiscalização de empresas.

E, por outro lado, medidas protetivas foram inseridas. Substitutivo aprovado pela comissão incluiu no projeto do novo código, por exemplo, questões relacionadas à fiscalização das companhias. A versão atual prevê que as fiscalizações presenciais, de rotina, deverão ser comunicadas às empresas com antecedência de 48 horas. Além disso, ficarão proibidas as fiscalizações simultâneas (do meio ambiente e do trabalho, por exemplo, no mesmo dia e hora). E, quando necessário o elemento surpresa, a fiscalização dependeria de ordem judicial.

Ademais, temos a opinião de Roque (2016) de que os valores do Direito Comercial foram esquecidos pelos operadores do Direito e precisam ser urgentemente resgatados.

Segundo esse autor, a mera oportunidade de corrigir essas falhas decorrentes da unificação legislativa, copiada da codificação italiana de 1942, já seria motivo suficiente para a edição de um novo Código Comercial. Ressalta que na parte do Código Civil que cuida do Direito de Empresa a palavra investimento simplesmente não é mencionada nenhuma vez, não estando nossa lei aparelhada para disciplinar satisfatoriamente os investimentos que o Brasil está prestes a receber.

11 A questão da falência transnacional

A lei de falências, datada de 2005, tem como princípio fundamental a permanência da empresa como agente gerador de emprego e renda para a sociedade, através da recuperação

extrajudicial e judicial de empresas, além da falência, inclusive com a participação dos credores na gestão, por meio de um comitê, que atua juntamente com o Administrador. Foi realmente um avanço na área falimentar.

Entretanto, a legislação brasileira é omissa na questão da falência transnacional. É nesse ponto a principal proposta de inovação do projeto de código.

As empresas que atuam em mais de um país devem se amoldar às diversas legislações, costumes e procedimentos de cada Estado. O Brasil avançou significativamente nesse sentido, ao adotar a regra de Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG), em 2014.

Trata-se de lei modelo da *United Nations Commission on International Trade Law* (Uncitral), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU), que congrega diversos países com o fim precípua de criação de um ambiente de relações comerciais internacionais seguro, fundado na concorrência, liberdade de mercado para modernização e harmonização das regras de comércio internacional.

Conforme Campinho (2016), desde 1997, a Uncitral editou uma outra lei-modelo, destinada ao tratamento da crise da empresa transnacional (*cross-border insolvency*), com a finalidade de que os Estados onde se situar a empresa transnacional possam estabelecer: a) cooperação entre as cortes e autoridades competentes dos países envolvidos; b) previsibilidade jurídica para as negociações e investimentos; c) razoável e eficiente administração judicial da insolvência transnacional, protegendo os interesses de todos os credores e terceiros interessados, incluindo-se o devedor; d) proteção e maximização do ativo do devedor; e e) facilitação da recuperação ou financiamento de empresas em dificuldades, protegendo o investimento e preservando o emprego.

A União Europeia, por meio do Regulamento 1.346/00, deu início à adoção da insolvência transnacional, reconhecendo que cada Estado-membro possui uma legislação própria sobre a matéria, bem como jurisdição para decidir sobre os bens e sociedades que se encontram em seu território, adotando a teoria territorialista, contrapondo a teoria universalista, em que um juízo seria o competente para decidir sobre todas as demandas referentes à empresa em dificuldades, onde quer que se situe no mundo.

Tanto no sistema europeu como no norte-americano, respeita-se a jurisdição (soberania) de cada país em que a empresa transnacional está situada. Decreta-se a falência ou concede-se

a recuperação judicial em cada país, com a elaboração de um protocolo de cooperação entre os Estados.

Demonstrando um caso concreto, Sérgio Campinho destaca o caso Eurotunnel, que abrangeu 17 sociedades em recuperação judicial, sediadas na Inglaterra e França, fixando-se como juízo competente o Tribunal do Comércio de Paris, onde foi identificado o principal estabelecimento, mesmo tendo sido verificado que o registro da sede social tinha lugar em Londres. O protocolo de insolvência foi elaborado para que as decisões francesas fossem cumpridas na Inglaterra, bem como a troca de informações se desse da maneira mais eficaz. O autor destaca também o caso do *Banco Lehman Brothers*, dos Estados Unidos, que, em 2008, no auge da crise norte-americana, esteve envolvido em 35 processos em 12 países, todos regidos por um protocolo firmado (*insolvency protocol*).

Conforme Magalhães (2015), o Brasil está muito atrasado em relação ao direito das empresas transnacionais em dificuldades. Nossa país, embora seja uma economia expressiva no comércio internacional e nele estejam estabelecidas diversas multinacionais estrangeiras, não apresenta uma estrutura jurídica capaz de lidar de forma adequada com os aspectos transfronteiriços da insolvência empresarial. E destaca:

O ápice do anteprojeto de Código Comercial brasileiro é a regulamentação da falência e da recuperação judicial transnacionais no seu Título IV. Em específico, o anteprojeto proceduraliza o processo falimentar transnacional, em sua seção IV, o que é inédito no ordenamento jurídico brasileiro (MAGALHÃES, 2015, p. 11).

O anteprojeto do novo código comercial traz a previsão da cooperação judiciária internacional e a cooperação dos juízos falimentares brasileiros com juízos falimentares estrangeiros, quando a crise da empresa tiver repercussão transnacional, como se transcreve:

Art. 36. Os juízos brasileiros cooperarão diretamente com os juízos falimentares estrangeiros, na forma deste Código e da lei, quando a crise da empresa tiver repercussão transnacional, com vistas aos seguintes objetivos:

- I - aumentar a segurança jurídica na exploração de empresas e na realização de investimentos no Brasil;
- II - eficiência na tramitação dos processos de falência e recuperação judicial transnacionais;
- III - justa proteção dos direitos dos credores e do devedor;

IV - maximização do valor dos bens do devedor; e
V - facilitação da recuperação da empresa em crise.
§ 1º As disposições constantes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil é parte prevalecem, em caso de conflito, sobre as deste Código referentes à cooperação judiciária internacional.

§ 2º A interpretação das disposições deste Código referentes à cooperação judiciária com juízos falimentares estrangeiros deverá levar em conta sua origem em modelo legislativo internacional e a importância da uniformidade em sua aplicação no plano transnacional.

Também conforme Campinho (2016), o projeto do Código Comercial posiciona o Brasil na vanguarda mundial, ao legislar, na parte geral do Projeto de Código Comercial, sobre os princípios aplicáveis à falência transnacional, no § 5º, do artigo 9º. E prossegue:

Ao inserir o capítulo VII-A, à Lei 11.101/05, dispondo sobre a falência transnacional, incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro a lei modelo da Uncitral, disciplinando a cooperação entre o juízo brasileiro e os estrangeiros (artigo 188-A), sem a necessidade de carta rogatória (artigo 188-G) ou tradução juramentada (artigo 188-C, §1º), respeitado o princípio da ordem pública (artigo 188-I), com a previsão de que haverá um juízo principal (*main proceeding*) e um subsidiário (*non-main proceeding*) (artigo 188-N, I), respeitando a jurisdição (soberania) de cada país, exatamente nos termos das legislações mundiais mais avançadas sobre o tema.

Da mesma forma, cada Estado deve reconhecer, interna corporis, os procedimentos de insolvência alienígenas, devendo criar mecanismos de cooperação internacional entre autoridades judiciais e equivalentes no âmbito do direito falimentar internacional. E destaca:

Não existe uma uniformização normativa, quer por meio de um acordo internacional, quer por meio de um tratado. Dessa feita, pode haver conflitos normativos entre Países. Logo, o direito falimentar internacional tem como foco estudar os impactos, em território nacional, de uma falência declarada no estrangeiro (CAMPINHO, 2016, p. 4).

Luiz Guerra tece uma série de questionamentos, que segundo Araripe ainda estão sem resposta:

Relações jurídicas novas estão a merecer novas soluções. Portanto, nos casos de recuperação extrajudicial ou judicial ou, ainda, de falência de empresário ou sociedade empresária, (esta formada por parceiros internacionais, ou mesmo sendo sociedade estrangeira, com atuação e estabelecimentos no Brasil), surge a indagação: quem é ou quem será o juízo competente para declarar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial? Os efeitos de tais pedidos afetam as relações no exterior?

O mesmo se diga de sociedade brasileira, com atuação no exterior. Deferido o concurso ou decretada a falência no exterior, quem é o juízo competente? Os efeitos da quebra no exterior afetam as relações no Brasil?

Os efeitos da recuperação e da falência se estendem aos estabelecimentos no exterior? Qual a dimensão dos referidos institutos no exercício da empresa, dentro e fora do território nacional? No caso de falência, quem exercerá o Juízo Universal? O Juízo Universal comportará desdobramentos, se ele é indivisível, unitário e funcional? Quem será nomeado Administrador Judicial e qual o alcance na prática dos atos de administração? Quem realizará a arrecadação de bens e outros ativos? (GUERRA, 2009, p. 2).

Correlaciona-se o Direito Falimentar com o Direito Internacional Privado, levando em consideração que o procedimento falimentar, em tempos de globalização econômica, não pode ficar adstrito aos limites territoriais de um dado Estado. É necessária essa interdisciplinaridade, haja vista que seus impactos são sentidos na economia de vários outros países.

LoPucki (2015) traz a ideia de se criar um Tribunal International de Falências. Os Estados Unidos da América partiram na frente do disciplinamento legal das falências internacionais. Segundo Bufford *apud* Magalhães (2015, p. 10):

United States bankruptcy law follows a modified form of universality, which accepts as its central premise that assets should be collected and distributed on a worldwide basis. This view rests on the assumption that, in a system of international cooperation, any loss to local interests in one case will be roughly balanced by again in another case, while commerce in general will benefit greatly from the application of predictable rules. However, U.S. law reserves to local courts the discretion to evaluate the fairness of home country procedures and to protect the interests of local creditors in certain circumstances.

The enactment of Bankruptcy Code § 304 was a substantial step in the direction of the universality approach.¹

Esse é um dos pontos mais importantes em discussão no novo código, especialmente no mundo globalizado em que vivemos, onde empresas estrangeiras em território brasileiro podem vir a entrar em recuperação ou em falência ou empresas brasileiras no exterior podem vir a quebrar, passando a ser previsto na legislação nacional, reduzindo o risco jurídico e econômico na atividade empresarial.

12 Das críticas ao novo código comercial

Uma das críticas à publicação de um novo código comercial é que a sua implantação implicará também a reformulação das leis complementares a ele, pois o código é o núcleo sob cuja égide deverão girar as leis subalternas. Ele exigirá novas leis, revogação de algumas e alteração de outras e até de projetos de lei correndo no Congresso Nacional.

Há crítica ao nosso atual Direito Empresarial quanto à sua omissão sobre investimentos, mormente investimentos estrangeiros. Porém, não é da competência do Direito Empresarial regulamentar investimentos, que são objeto do Direito Econômico, e a sua regulamentação e controle ficam a cargo da CVM-Comissão de Valores Mobiliários e do Banco Central do Brasil. Bastaria orientar esses dois órgãos públicos sobre as normas que eles emitirão; para isso, não é preciso novo Código Comercial.

Outro fundamento do novo Código Comercial é a defesa da livre concorrência e do livre mercado. Também essa questão não compete ao Código Comercial, mas ao Direito Econômico e à própria Constituição Federal, em que os vários dispositivos de defesa do livre mercado estão expostos. Além do mais, nada vemos em nossa legislação empresarial que atente contra o livre

¹ Tradução livre: "A Lei de Falências dos Estados Unidos segue um conceito diferenciado de universalidade, que aceita como sua a premissa central de que os ativos devem ser recolhidos e distribuídos no mundo todo. Essa visão se baseia na suposição de que, em um sistema de cooperação internacional, qualquer perda local em um dado caso será compensada por um ganho em outro caso, enquanto o comércio em geral irá se beneficiar da aplicação de regras previsíveis. No entanto, as leis americanas conferem aos tribunais locais a discricionariedade para avaliar os procedimentos do país estrangeiro, com vistas à proteção dos interesses dos credores locais. A promulgação do Código de Falências americano foi um passo importante na direção da universalidade".

mercado e a livre-iniciativa, assegurados em nossa Constituição e em várias leis atinentes ao Direito Econômico.

Defendem que se evite a expressão Código Comercial e todas as palavras cognatas, como comerciante, comércio, comercial e várias outras. Esses termos foram banidos do Direito Empresarial desde o Código Civil Italiano de 1942, no qual o nosso se fundamentou. Como aduz Roque (2016, p. 3):

Nosso atual Código Civil não os utiliza tampouco e leis surgidas ultimamente no Brasil os desterraram. São termos introduzidos no direito brasileiro em 1850 pelo antigo Código Comercial, o já revogado Código Comercial de 1850. Querer ressuscitar esses termos e trazê-los de volta ao moderno direito é manifesto retrocesso; é a volta ao passado distante, superado e indesejado.

Critica-se tanto nosso Direito Empresarial por ser antiquado e centenário, e, entretanto, cogita-se da reconstituição da nomenclatura de 1850, afastando a atual. Nessas condições, o novo Código Comercial estará batendo de frente com a moderna legislação brasileira e com o progresso. Sugerimos pois que modifiquem pelo menos o nome do novo código, para Código Empresarial ou Código de Direito Empresarial.

O projeto, ao mesmo tempo em que estabelece como princípio do direito comercial societário a autonomia patrimonial da sociedade empresária, mantém a subsidiariedade da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais. Transcrevemos opinião de Vercosa (2016, p. 2):

Tratando-se de uma pretensa modernização desse ramo do direito, o papel do comercialista seria o de estabelecer verdadeiramente a separação patrimonial entre sociedade e sócios, acabando de uma vez por todas com o recurso ao patrimônio dos sócios para o pagamento dos credores sociais. A exceção ficaria tão somente para o caso do abuso da personalidade ou de fraude à lei. Isto implicaria extinguir os antigos modelos societários não mais necessários nem utilizados entre nós, tal como ainda previsto no projeto quanto à sociedade em nome coletivo e a comandita simples.

A denominação atualmente adequada para a anônima é simplesmente a de *companhia*, uma vez que as ações ao portador estão desaparecidas do nosso direito desde a década de noventa do século passado e, portanto, os acionistas não são mais *anônimos* (identificados apenas no momento em que comparecem às assembleias gerais para votar), mas conheci-

dos mediante a verificação dos registros feitos nos livros competentes. Os acionistas têm na lei à sua disposição instrumentos diversos para a defesa dos seus interesses, sem necessitar da intromissão do juiz e de um terceiro como pressuposto para tal finalidade. Será uma instância a mais, desnecessária e onerosa.

Para o fim de atender adequadamente à atividade empresarial de menor magnitude econômica, outros ordenamentos jurídicos criaram sociedades unipessoais e estabelecimentos comerciais dotados de plena autonomia patrimonial, tais como a empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI).

O autor define como inutilidade o previsto no art. 115, onde é disposto que a sociedade empresária não se confunde com os seus sócios, pois todos os nossos tipos societários são personificados, do que resulta "não ser possível a confusão entre essas pessoas. Entre elas não se conta a chamada sociedade em comum de que fala o Código Civil, pois se trata de uma comunhão de bens. Mais uma vez ressalve-se a EIRELI" (VERÇOSA, 2016, p. 3).

Destaca também que o art. 116, ao dispor sobre a não responsabilidade dos sócios, não ressalta que, se de um lado na companhia os acionistas jamais respondem com seu patrimônio pelas obrigações sociais, na sociedade limitada a responsabilidade subsidiária, e solidária entre os sócios, ocorre quando o capital social não está integralizado. Como destaca Verçosa (2016, p. 3):

No que diz respeito às sociedades limitadas, consideram necessária uma reforma no sentido da restauração do seu caráter predominantemente contratual, em cuja instituição os sócios tivessem plena liberdade de construírem o sistema de fiscalização interna segundo a sua vontade e para cada caso concreto, a partir de um *mínimo legal*. E, em uma sociedade de pequeno e médio porte, a intromissão de terceiro como órgão de fiscalização no interesse de sócios minoritários somente traria custos desnecessários.

O projeto traz para a sociedade empresarial o ônus de provar que a pessoa física ou jurídica não empresária que com ela contratou tenha agido de má-fé, como pressuposto para isentar-se de responsabilidade por atos dos seus administradores.

O projeto, em seu artigo 120, dispõe que o investimento do sócio minoritário é protegido mediante a responsabilização do majoritário no caso de exercício abusivo dos direitos societários.

Há a previsão no art. 123 da figura do fiscal judicial temporário, para todos os tipos de sociedades, a ser designado pelo

juiz, a pedido justificado de sócio com participação mínima de 5% no capital social, não importando se isso resulta de ações ordinárias ou preferenciais, quando se trata de companhia.

Como se percebe, tal novidade implicará a permissão para o nascimento de um foco permanente de tensões na sociedade, inteiramente injustificáveis. Evidentemente ela não poderia ser aplicada às companhias abertas, pois infringiria as normas sobre o mercado de capitais, especialmente por invadir a competência fiscalizatória da CVM.

O art. 124 traz a conhecida regra segundo a qual a sociedade não se obriga pelos atos dos administradores que ultrapassam os poderes que lhes são dados pelo contrato social ou pelo estatuto. Mas são criadas duas outras novidades, representadas pelo tratamento diferenciado entre as relações interempresariais e aquelas com pessoas físicas ou jurídicas não empresárias.

Papini (2016) destaca que atualmente o Código Civil aplica-se apenas subsidiariamente à sociedade anônima, mas no projeto de lei do Código Comercial a regra supletiva de aplicação da lei especial (Lei das S.A.) preconiza exatamente o contrário do previsto no Código Civil, no parágrafo único do art. 144, dispondo o seguinte: "No que não for regulado neste Código, sujeita-se a sociedade anônima à lei especial".

Ressalta que no artigo 150 o projeto do novo código deferiu tratamento especial ao microempresário ou empresário de pequeno porte em caso de redução de capital da companhia, obrigando-se a sociedade a avisá-los nos três dias seguintes à publicação da ata da assembleia geral.

No artigo 154 está previsto que a lei definirá os direitos essenciais do acionista, o que, segundo o mesmo, pode inferir a revogação do art. 109 da LSA, que já os define em *numerus clausus*. E destaca:

Apesar do desconforto, felizmente, espera-se que dessa impropriedade não decorram prejuízos, se considerarmos que, em consonância com já consagrados princípios de interpretação, a lei geral posterior não revoga a lei especial anterior, a não ser que o faça expressamente ou que trata da mesma matéria objeto da primeira (PANINI, 2016, p. 70).

No capítulo que trata da estrutura societária, o projeto de lei altera o processo de escolha dos membros da mesa diretora dos trabalhos da assembleia do conselho de administração. Dispõe que, em caso de omissão do estatuto, a assembleia deverá ser presidida pelo acionista presente titular do maior número de

ações votantes. Havendo mais de um acionista na mesma condição, a assembleia será presidida pelo sócio mais antigo ou mais idoso, cabendo a este a escolha do secretário.

Na eleição dos membros do conselho de administração o projeto de lei dispõe no art. 164 que a eleição será majoritária ou proporcional, segundo dispuser o estatuto ou, em sua omissão, conforme deliberar a assembleia. Na modalidade majoritária prevalece a maioria dos votos presentes; na proporcional, pode cada acionista distribuir seus votos entre vários candidatos ou concentrá-los em apenas um, sendo eleitos os candidatos que receberem maior sufrágio.

Panini (2016) também critica que o projeto do novo código praticamente afasta o representante das minorias no conselho de administração. Na vigente lei acionária o exercício dos acionistas minoritários é assegurado por lei. Também afirma que o projeto não regula a hipótese de destituição de conselheiro eleito pelo voto proporcional nem assegura o voto em separado assegurado aos acionistas minoritários com e sem direito a voto nas companhias abertas, previstos no artigo 141 da Lei das Sociedades Anônimas.

O autor destaca que as alterações propostas preconizam "a adoção de práticas de governança corporativa para sobrepor os interesses da sociedade, proteger os acionistas minoritários e conferir transparência aos negócios sociais" (PANINI, 2016, p. 71).

Para aprimorar a gestão corporativa, cita o exemplo da Borsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), "que tem um segmento de listagem destinado à negociação de ações emitidas por empresas que se comprometem, voluntariamente, com a adoção de práticas de governança corporativa e disclosure" (PANINI, 2016, p. 71):

As propostas do novo código na área das sociedades anônimas não devem provocar muitas alterações na legislação, mas podem criar um clima de insegurança e incerteza na área jurídica que opera e aplica a LSA, porque incompletas e em alguns casos discrepantes com o regime legal acionário vigente. [...] Na prática, cria-se o pior dos mundos, quando a mesma matéria é concomitantemente regulada por uma lei geral e outra especial, editadas em épocas diferentes

A nosso ver, a legislação societária, mais especificamente quanto às sociedades anônimas, no caso de aprovação do novo código, deve ser objeto de futura adequação normativa, vez que é uma regra complexa, detalhista e que se aplica a uma das mais importantes sociedades empresariais de nosso país.

Entretanto, na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, a opinião predominante é não alterar a Lei das Sociedades Anônimas.

13 Do contraponto às críticas ao novo código comercial

Pela abordagem de Negrini (2016), a corrente contrária ao novo código acusa que nosso código foi copiado do Código Civil Italiano de 1942, obra da ditadura fascista que infelicitou o mundo. Não se trata de reprodução *ipsis litteris* de outro código, mas de um texto original, autêntico e consentâneo com o meio ambiente físico-social brasileiro, e com nossa tradição jurídica. Foi elaborado por juristas brasileiros e com experiência jurídica de nossos tribunais e nossas catedras. Nenhum sinal de fascismo se vislumbra nos artigos de nosso Código Civil. E dispõe:

O Código Comercial francês é de 1808 e os franceses não pensam em substituí-lo, mas vão adicionando leis modernas. O Código italiano é de 1942, tendo 70 anos e é considerado ultramoderno e figura como modelo do código de vários países. O Código Comercial alemão, o BGB, é de 1900, o Português de 1883, o espanhol de 1885, o argentino de 1862, e não se consideram superados, nem exigem novo código. O código civil brasileiro, no qual está inserido o Código Comercial, é de 2002 e é considerado moderno pela maioria dos juristas brasileiros. Tem apenas dez anos e já se arremetem contra ele por ser antigo e antiquado, reclamando sua substituição.

O primeiro Código Civil durou quase um século e nosso Código Comercial mais de um século e meio, exigindo longos anos de lutas para que fossem substituídos. Por que não se faz o aperfeiçoamento de certas leis já superadas pelo tempo? Por que se promulgam algumas leis mercantis necessárias, muitas delas já aprovadas pelo Congresso Nacional, como é o caso da Lei do Fomento Mercantil (factoring), do Arrendamento Mercantil (leasing), da Alienação Fiduciária em Garantia? (NEGRINI, 2016, p. 3).

A tônica dessa campanha é a de que nosso Código Comercial é de 1850 e por isso é necessário um novo código. Entretanto, o que sobrou do antigo Código Comercial de 1850 é apenas a parte referente ao Direito Marítimo, que é bastante antiga. Conforme Negrini, um passo simples poderia ser dado nesse sentido: a subscrição de várias convenções internacionais sobre Direito Marítimo. Pode-se até apontar duas convenções de Bruxelas: uma sobre transporte de passageiros e outra sobre transporte de mer-

cadorias. O Brasil é um dos poucos países não subscritores dessas convenções.

O Código Civil está completando dez anos e durante esse tempo crítica alguma se ouviu a seu respeito. Ninguém havia notado que era um código fascista, nem que era superado e falho, até que se iniciasse a discussão do novo código comercial. Mas somente as discussões no Legislativo, por juristas e pelo povo poderão levar ao aperfeiçoamento de uma nova legislação de direito comercial.

14 Da abordagem de Fábio Ulhoa Coelho

Passamos a discorrer sobre a posição de Fábio Ulhoa Coelho, coordenador da comissão de juristas do novo código.

Em seminário na cidade de São Paulo (2013), o jurista destacou que no projeto do novo código, inicialmente composto por quatro livros, foram apresentadas duas emendas para acrescentar ao projeto mais dois livros: um referente ao direito do agronegócio e outro para o Código Comercial Marítimo.

Na emenda sobre agronegócio, a proposta preserva o interesse do país na preservação da cadeia produtiva, que não se limita ao setor primário, mas envolve a indústria e o comércio. Na emenda sobre direito marítimo, o objetivo é assegurar maior equilíbrio nas relações comerciais. E discorre sobre os vários livros da proposta do novo código comercial.

No primeiro livro, que trata da empresa e do empresário, segundo ele, a legislação atual carece de detalhamento de regras que amparem o princípio constitucional sobre a função social da empresa, o que dificulta o trabalho dos juízes e dá margem a interpretações diversas. "É imprescindível que o legislador defina qual é a função social da empresa para que haja segurança jurídica" (COELHO, 2013).

O livro 2 dispõe sobre as sociedades empresárias, estipulando inclusive a autorização do ato societário por meio eletrônico, o que permitirá que membros de conselhos de administração participem de reuniões por videoconferência.

Sobre o livro 3, das obrigações, contratos e títulos de crédito, o projeto do novo código estabelece duas mudanças que acabam com a unificação do direito privado (2013):

O retorno ao regime simplificado, "desburocratizado", de sociedade limitada, que antecedia o código civil, e uma disciplina da dissolução da sociedade limitada em caso de morte, exclusão e da retirada do sócio, o que corresponde a mais de 90%, segundo ele, das deman-

das judiciais. As novas regras acabam com a unificação do direito privado proposta. "Não é possível submeter às mesmas regras de negócios a vocação de um imóvel residencial e a compra e venda de uma sociedade anônima. [...] É hora de separar de novo os dois regimes", disse o professor, citando como exemplo a necessidade de criar regras específicas para cláusula penal em direito comercial. Outro avanço, segundo ele, é que o projeto do código comercial confere ao nome empresarial a natureza de bem patrimonial e sua imprescritibilidade da ação de anulação de nome empresarial, "trazendo segurança jurídica para os empresários".

O livro 4 contempla princípios relativos à crise da empresa, mantendo a Lei 11.101, tanto com as normas de direito material quanto de processual.

Salientamos, por outro lado, que se abordará a questão da falência transnacional, tema inédito em nossa legislação, mas bastante oportuno, em face da progressiva globalização da economia nos tempos atuais.

Para o jurista, que vem presidindo discussões em vários estados da Federação, não há que se dizer que o "O direito comercial não é compatível com a codificação" (COELHO, 2016, p. 12). Essa crítica é incorreta porque o Direito Comercial brasileiro é e sempre foi objeto de codificação. O Código Comercial de 1850 ainda está em vigor, em sua segunda parte, que disciplina o direito marítimo; e a matéria que era objeto da primeira parte está, desde 2002, codificada no Código Civil (COELHO, 2016).

O Direito Comercial está codificado na maioria dos países, em Códigos próprios (Portugal, Espanha, França, Alemanha, Estados Unidos etc.) ou em Códigos unificados (Itália e Argentina).

O projeto contempla várias inovações, tais como alterações na disciplina da sociedade limitada, com a supressão de exigências burocráticas injustificáveis, admissão da unipessoalidade, eliminação da complexidade dos quóruns deliberativos, legalização das quotas preferenciais sem direito a voto, autorização para a emissão privada de debêntures e sistematização da liquidação da quota e apuração de haveres (artigos 132 a 203).

Há a proposta de modernização do regime societário, com a supressão de tipos societários em desuso (sociedades em comandita), como também da disciplina da escrituração dos negócios jurídicos, atos societários, contratos e títulos de crédito em suporte eletrônico (artigos 53, 58, § 4º, 81, parágrafo único, 116, 273, 367, 372 e 374).

Há destaque para a disciplina do comércio eletrônico (artigos 101 a 105) e a atualização da regência das Duplicatas (artigos 415 a 429) e dos títulos armazeneiros (artigos 430 a 445), a supressão da diversidade de disciplina do contrato de compra e venda, uniformizando as regras aplicáveis às operações realizadas no comércio interno e externo (Convenção de Viena) (artigos 289 a 310).

Destaque-se a disciplina dos contratos de fomento mercantil (artigos 363 a 366), venda direta (artigo 334), fornecimento de mercadorias (artigo 311) e do contrato fiduciário (*trust*) (artigos 353 a 362), além da modernização da disciplina do direito marítimo (Livro IV da Parte Especial), a sistematização da disciplina do direito do agronegócio, dispondo sobre a proteção da rede de negócios (Livro III da Parte Especial).

Há dispositivos sobre a redução dos prazos de prescrição (artigos 95 e 96), supressão da necessidade de decreto presidencial para empresa estrangeira poder funcionar no país (artigo 128) e disciplina da falência transnacional (artigo 777, § 3º). Sobre a responsabilidade dos sócios, Coelho (2016, p. 3) comenta:

Também há detalhamento da disciplina de direito material da desconsideração da personalidade jurídica, explicitando a impossibilidade de sua decretação sem os respectivos pressupostos (art. 121) e proibição da extensão dos efeitos da falência nas hipóteses em que não couber a desconsideração (introdução do art. 82-A na lei 11.101/05, pelo art. 777, § 2º).

Há a previsão de que somente em caso de expressa previsão legal caberá a responsabilidade civil objetiva do empresário (artigo 269, II), e de que as relações entre os empresários, relativas à exploração das respectivas empresas, não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor (artigos 264, § 3º, e 272, § 3º).

Ponto importante é a instituição da figura do empresário individual de responsabilidade limitada, por meio da exploração da empresa em regime fiduciário (artigos 31 a 34), extensão da proteção do nome empresarial para todo o território nacional (artigo 39), proteção da empresa contra abusos na fiscalização administrativa (artigos 73 a 79).

Além disso, há a correção das imperfeições do Código Civil relativamente à natureza do nome empresarial (elemento de empresa e não projeção da personalidade do empresário), aos contratos empresariais (em especial a agência, distribuição e prestação de serviços) e ao regime cambiário, bem como as pertinentes às operações societárias e aos grupos de sociedade (harmônizando as normas codificadas com as da LSA) e acerca dos pra-

zos prescricionais de direito marítimo (que foram indevidamente ampliados).

Criticase a redação do art. 188-L, III, a ser introduzido na lei 11.101/05, por prever que o credor estrangeiro só será pago após os quirografários na falência transnacional. Alegase que isso afugentaria investimentos estrangeiros do Brasil. Sobre o tema dispõe Coelho (2016, p. 3):

Esta crítica não procede, porque a falência transnacional não é, nem poderia ser, a criação de uma jurisdição falimentar internacional. Trata-se de um sistema de organização e troca de informações entre juízos falimentares de diferentes jurisdições, bem como de viabilização da colaboração recíproca independentemente das formalidades das cartas rogatórias. Nada mais. A falência transnacional não torna qualquer crédito executável indistintamente em qualquer jurisdição. O universalismo continuará a ser uma teoria acadêmica, enquanto os direitos positivos permanecerem afedados ao territorialismo.

A questão é menos de direito falimentar e mais de direito constitucional. Como deve proceder o titular de um crédito não executável no Brasil, ao vislumbrar a chance de recuperá-lo, em todo ou em parte, na falência do devedor aqui instalada? Hoje, ele deve inicialmente tornar seu crédito executável no Brasil. Para tanto, precisa obter a condenação judicial do devedor na jurisdição competente e, depois, levar à homologação do Superior Tribunal de Justiça a sentença estrangeira que lhe garante o crédito (CF, art. 105, I, J).

O que a lei ordinária pode fazer para facilitar a recuperação do crédito ao titular de obrigação não executável no Brasil é apenas o que prevê o art. 188-L, III: depois de todos os créditos executáveis no Brasil serem satisfeitos, se ainda restaram recursos na massa, eles podem ser utilizados para satisfazer os créditos não executáveis no Brasil. Isso poupará o credor estrangeiro de obter a prévia condenação judicial estrangeira e a respectiva homologação no STJ.

Claro, se, mesmo depois da introdução da falência transnacional na lei brasileira, aquele credor titular de crédito não executável no Brasil entender que somente conseguirá recuperá-lo concorrendo com os demais quirografários (se ele tiver uma garantia real no Brasil, esse crédito será, por definição, aqui executável e a questão não se põe), não lhe restará outra alternativa senão a que hoje ele já possui, isto é, ir buscar a condenação judicial no exterior e a subsequente homologação da sentença estrangeira no STJ.

Ademais, além de ser a única disposição admissível no direito constitucional brasileiro, o art. 188-L, III, está em plena harmonia com as normas internacionais sobre falência transnacional. Esta lei-modelo estabelece que o estrangeiro deve ser tratado em igualdade de condições com o nacional quanto à instauração e ao acompanhamento da falência transnacional. Mas excepciona expressamente a "ordem de pagamento" do tratamento igualitário (art. 13, alínea 2). E essa exceção decorre exatamente da impossibilidade de um processo de falência transnacional servir como uma execução concursal internacional, acima das jurisdições e soberanias nacionais.

A lei processual deve estar plenamente harmonizada com a lei material. Todos concordam que se houver incompatibilidade entre elas isso só geraria confusão e insegurança jurídica. O CPC/15 disciplina a ação de dissolução de sociedade (arts. 599 a 609), tomando por pressuposto a vigência das regras sobre resolução da sociedade constantes do CC (arts. 1.028 a 1.032).

Como o projeto prevê a mudança substancial das regras sobre a liquidação da quota e apuração de haveres (artigos 166 a 185), se não se proceder às alterações correspondentes no CPC/15, sobrevirão sérias e indesejáveis discrepâncias entre as disposições materiais e processuais atinentes ao mesmo tema.

Coelho (2016, p. 3) defende que "é *imprescindível*, portanto, que o CPC-15, malgrado sua recente edição, seja alterado na disciplina da ação de dissolução de sociedades".

Sobre a teoria da imprevisão, Forgioni (2016) destaca que tal teoria foi construída para tratar de interesses conflitantes em decorrência de situações verdadeiramente excepcionais: as duas Guerras Mundiais que sacudiram o planeta na primeira metade do século passado.

Mas, embora nada de minimamente parecido com essas situações realmente excepcionais esteja acontecendo no Brasil há várias décadas, avolumam-se as decisões judiciais e reflexões doutrinárias que implicam verdadeira distorção do instituto, quando se têm em mira os contratos entre empresários. Por exemplo: variações cambiais, ainda que acentuadas, não são imprevisíveis num regime de flutuação de câmbio, principalmente se o sujeito, enquanto empresário, dispôs-se a assumir riscos econômicos.

Como nem sempre se tem clareza das diferenças entre imprevisibilidade e riscos empresariais, da lei comercial espera-se uma determinação mais incisiva, que defina como absolutamente excepcional a revisão dos contratos comerciais. É o que prevê o Projeto nos artigos 6º, III, §§ 2º e 3º, e 288 (COELHO, 2016).

O projeto do novo código comercial busca levar mais autonomia para esse ramo do direito, que segundo os comercialistas foi indevidamente colocado dentro do código civil, quando suas regras e princípios são distintos; e procura trazer a tecnologia para as relações comerciais, tornando-as céleres e dinâmicas, como dinâmico é o comércio nos tempos atuais.

Porém, o nome adotado pode ser código empresarial, em face da teoria da empresa em vigor no Brasil, o que daria uma ideia menor de ruptura com o Código Civil de 2002, que quis promover a unificação do direito privado, mas deixou de fora assuntos como, por exemplo, recuperação judicial e falências.

Segundo Caram (2016, p. 1), o novo código "vai organizar as leis empresariais, reduzir a burocracia, modernizar a legislação e dar mais segurança jurídica às decisões de investimento das companhias". E, em face da diversidade de questões abordadas e de normas legais já existentes, um novo código pode resultar em avanços para os estudiosos e aplicadores do direito.

Mas devemos também evitar que ideias econômicas e políticas se sobreponham aos interesses jurídicos, principalmente quando se for votar tal matéria, que ainda tem um grande processo legislativo a ser percorrido em prol de uma legislação que reflita os interesses de nossa sociedade.

Com leis esparsas ou código, seja comercial, seja empresarial, o importante é que se busque a atualização e modernização de tal matéria no nosso sistema jurídico e sua adequação aos interesses da sociedade.

Conclusão

Neste trabalho foi descrita a origem e evolução do comércio, baseado inicialmente somente em usos e costumes, mas que, devido ao seu incremento, foi sendo aos poucos objeto da legislação de vários Estados, de forma incipiente até o Código Napoleônico de 1808, marco do direito comercial, que influenciou o ordenamento jurídico de vários países, inclusive o brasileiro, no Código Comercial de 1850.

Porém, a teoria dos atos de comércio, disposta no Código Francês, assegurava privilégios aos comerciantes, mas excluía grande parte das entidades que produziam riquezas para o país.

O Código Italiano de 1942, elaborado durante o regime fascista, em que um dos objetivos era tentar conciliar a luta de classes baseada no Marxismo, que se contrapunha àquele regime, superou a ideologia política e se difundiu para outros países, através da Teoria da Empresa, concedendo mais direitos a quem pro-

duzia bens e gerava emprego e renda, mais abrangente do que a atividade comercial, sendo a base do direito empresarial.

A Teoria da Empresa foi adotada pelo Código Civil Brasileiro de 2002, que tentou também unificar o direito privado nacional, muito embora persistam leis esparsas que regulam a atividade. Assim, por sua abrangência, não permitiu a esperada unificação.

Hoje temos um direito comercial que evoluiu, passando a abranger atividades de caráter empresarial, antes consideradas meramente civis, e com grande repercussão na economia do país.

A legislação se fundamenta no princípio da continuidade da empresa, com vários institutos previstos na legislação, tais como a recuperação judicial e o próprio papel do governo na concessão de créditos, em sua função de Estado Social, bem distante da Teoria do Estado Mínimo, que procura não participar da função econômica do país.

O direito comercial, antes baseado nos atos de comércio, evoluiu para regular uma atividade de grande importância para a economia nacional, geradora de emprego e renda, baseando-se atualmente na Teoria da Empresa.

Há a proposta de um novo código comercial aglutinando normas sobre o tema, que pode ser chamado também de código empresarial, o qual nunca deixou de ter sua autonomia como ramo do direito, mas que busca se apresentar com normas modernas e atualizadas para regular a atuação de nossas atividades econômicas, que abrangem inclusive grupos econômicos de países, com repercussão no âmbito social, político e diplomático, com cada país buscando mais e mais mercados consumidores em todo o mundo, a fim de obter divisas e incrementar suas economias, com visível repercussão no âmbito social.

Referências

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Direito de empresa no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL, Senado Federal. **Cartilha do Novo Código Comercial Brasileiro**. 2016.
- CAMPINHO, Sérgio. **A falência transnacional no projeto do código comercial**. 2016. Disponível em: <www.cojur.com.br>. Acesso em: 24 fev. 2017.
- CAMPOS, Helena Maria. Novo Paradigma da Atividade Empresarial. **Revista Eletrônica Jurídica da Universidade de Rio Verde** – Faculdade de Direito, ano 1, n. 1, fev. 2010. Disponível em: <http://www.fesurv.br/down/direito/20101_revista_juridica_n1.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

CARAM, Guilherme. **Votação do novo código comercial é novamente adiada**. 2016. Disponível em: <gl.globo.com.br>. Acesso em: 17 abr. 2017.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao código civil**. São Paulo: Saraiva, 2012. vol. 13.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Contraponto às críticas ao novo código comercial**. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 2 fev. 2017.

CNC, Confederação Nacional do Comércio. **Cartilha do novo código comercial**. 2016.

FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. Em RDM 130/7-38. 2016. Acesso em: 23 jan. 2017.

GUERRA, Luiz Antonio. Falência internacional: juízo universal extranacional: matéria que merece tratamento legal. **Univ. JUS**, Brasília, n. 19, p. 63-113, jul./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

LIPPERT, Márcia Mallmann. **A empresa no código civil**. São Paulo: RT, 2003.

LOPUCKI, Lynn M. **Cooperation in international bankruptcy: a post-universalist approach**. 2015. Disponível em: <<http://www.lawschool.cornell.edu>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

MAGALHÃES, Átila de A.A. **Falência transfronteira**: inovação constante no anteprojeto do novo código comercial brasileiro. 2015. Disponível em <www.uniforppg.com.br>. Acesso em: 23 fev. 2017.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, FÁTIMA A.K. **O direito comercial não perdeu a sua autonomia**. 2009. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 20 fev. 2017.

MENDONÇA, José Xavier C.de. **Tratado de direito comercial brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1933. vol. 1.

NEGRINI, Mauro. **Novo código comercial vai mudar rotinas das empresas**. 2016. Disponível em: <www.mauronegrini.com.br>. Acesso em: 1 fev. 2017.

PANINI, Roberto. A sociedade anônima no projeto do novo código comercial. **Revista Visão Jurídica**, edição 122, 2016.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROQUE, Sebastião J. **Críticas ao novo código comercial**. 2016. Disponível em: <www.jurisite.com.br>. Acesso em: 22 jan. 2017.

VERÇOSA, Haroldo M.D. **Críticas ao novo código comercial**. 2016. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 4 fev. 2017.

WALD, Arnold. **Curso de direito civil** (introdução e parte geral). 13^a ed. São Paulo: RT, 2011.

Programa de Arrendamento Residencial, Lei nº 10.188/01. Omissão do estado civil ou de união estável. Resolução Contratual. Problema social e jurídico

Enliu Rodrigues Taveira

Advogado da CAIXA no Mato Grosso do Sul

Especialista em Direito Processual Civil

pela Rede LFG

Especialista em Direito Empresarial pela Rede LFG

Ex-Analista de Promotoria do Ministério

Público de São Paulo

RESUMO

O Programa de Arrendamento Residencial foi instituído para facilitar o acesso à moradia pela população de baixa renda. Todavia, apesar da rigidez das regras do programa, inúmeros contratos foram firmados com beneficiários que não se enquadram nos parâmetros estabelecidos. Nesse diapasão, a rescisão do contrato com a reintegração na posse do imóvel é o que se busca. Entretanto, qual é o posicionamento do Poder Judiciário? Será que o direito constitucional à moradia, de 2ª geração, e o princípio da dignidade da pessoa humana sobreponem-se ao interesse público?

Palavras-chave: Programa de Arrendamento Residencial. Omissão. Dignidade da Pessoa Humana. Interesse Público.

ABSTRACT

The Residential Lease Program was established to facilitate access to housing by the low-income population. However, despite the rigidity of the program rules, numerous contracts were signed with beneficiaries that did not fit the established parameters. In this tuning, the rescission of the contract with the reintegration in possession of the property is what is sought. However, what is the position of the Judiciary? Is the constitutional right to housing, 2nd generation, and the

principle of the dignity of the human being superimposed on the public interest?

Keywords: Residential Lease Program. Omission. Dignity of human person. Public interest.

Introdução

A urbanização desencadeada no Brasil no século XX, principalmente na segunda metade do século, exigiu maior participação do Estado na vida socioeconômica do país, principalmente no setor habitacional, tendo em vista a industrialização e a vinda de novos moradores para as cidades, que saíam da zona rural procurando melhores condições de vida.¹

Nesse diapasão, o Estado, constatando a situação de caos social, que já não era novidade, tendo sido inclusive retratada no romance *O Cortiço*, escrito por Aluísio Azevedo em 1890², iniciou as suas intervenções na economia, buscando reduzir o déficit habitacional e ao mesmo tempo estimular o crescimento econômico do país.

Após várias décadas, iniciou-se o Programa de Arrendamento Residencial (PAR), cuja pretensão era a facilitação do acesso à moradia para os cidadãos mais necessitados que se enquadravam nas regras do programa.

Entretanto, nem todas as contratações foram firmadas com quem realmente preenchia os requisitos, situação que desencadeou a resolução contratual e a busca da devolução do imóvel.

Porém, pela ausência da autotutela e da autoexecutoriedade, a Caixa Econômica Federal necessita da intervenção judicial para reaver o imóvel, quando este não é devolvido amigavelmente, sendo esse momento o início de todas as discussões sobre o conflito entre o interesse pessoal e o interesse público, direito à moradia, dignidade da pessoa humana.

Assim, este trabalho irá enfrentar um dos motivos da resolução contratual, no caso, a omissão do estado civil ou da existência de união estável, situação que não permitiu o correto

¹ Exodus rural é o termo pelo qual se designa a migração do campo por seus habitantes, que, em busca de melhores condições de vida, se transferem de regiões consideradas de menos condições de sustentabilidade a outras, podendo ocorrer de áreas rurais para centros urbanos. Esse fenômeno se deu em grandes proporções no Brasil na segunda metade do século XX e foi sempre acompanhado pela miséria de milhões de retirantes, e sua morte aos milhares, de fome, de sede e de doenças ligadas à subnutrição (https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Axodo_rural).

² https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Corti%C3%A7o

enquadramento da unidade familiar no programa, além da prática de eventual falsidade ideológica.

1 O Sistema Financeiro Habitacional, os programas de moradias populares, o microssistema dos imóveis populares e o problema de violação das cláusulas contratuais

1.1 Histórico

No ano de 1964, durante a ditadura militar, foi sancionada a Lei nº 4.380/1964, que instituiu o Sistema Financeiro Habitacional (SFH), criou o Banco Nacional de Habitação (BNH) e materializou definitivamente a intervenção do Estado no setor habitacional.

Durante as décadas que se passaram, variadas formas de pagamento e financiamento foram criadas, no intuito de viabilizar o acesso à moradia, sendo os mais importantes, ao juízo deste subscritor, o Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional (PES)³ e o Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS).

Entretanto, muitos beneficiados pelos PES e FCVS usufruíam da duplicidade de financiamentos, situação estimulada pela não integração dos sistemas existentes, propiciando a formalização da cessão de direitos dos mutuários pelos denominados contratos de gaveta⁴, na medida em que o cessionário, em regra, não conseguia manter as benesses do financiamento primitivo, já que o contrato originário era realizado de acordo com as características econômicas do mutuário, situação que se modificava com a nova análise.

Além disso, a inflação existente no país nas décadas de 80 e 90 exigia sucessivos aumentos salariais e, por consequência, modificações nos contratos, tornando insustentável o sistema até então existente.

Por consequência, o BNH foi extinto em 21 de novembro de 1986, sendo os seus direitos e obrigações sucedidos pela Caixa

³ Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional - PES/CP - Circular Normativa nº 098/92.

⁴ Contrato de gaveta, segundo o site Melhor Taxa, é o arranjo em que uma pessoa assume a dívida do financiamento e o imóvel financiado de uma segunda pessoa. O contrato pode ser escrito ou apenas verbal. Como a titularidade do bem só é assumida pelo comprador na quitação do bem e a dívida permanece no nome de quem está "passando" o imóvel, esse é um tipo de negócio em que a confiança entre as partes é ingrediente fundamental.

Econômica Federal (CEF)⁵, bem como foram editadas diversas normas legais, no intuito de se legitimar a não quitação dos contratos em duplicidade e os contratos de gaveta, por exemplo, a Lei nº 8.100/90 e a Lei nº 10.150/2000.

Por sua vez, a jurisprudência pátria, em razão da redemocratização, da promulgação da Carta Magna de 1988, do Código do Consumidor, protegia os cessionários e os mutuários frente aos juros, correções e óbices existentes para a quitação do contrato, mesmo que isso significasse a socialização dos prejuízos.

Dessarte, em razão da insustentabilidade do sistema até então existente, bem como devido ao Plano Real e ao controle da inflação, o Estado buscou outras formas sustentáveis para alcançar a sua finalidade no setor de habitação popular, sem que os problemas do passado continuassem presentes, momento em que fora editada a Lei nº 9.514/97, instituindo a alienação fiduciária de bem imóvel, e a Lei nº 10.188/01, fruto da conversão em lei da Medida Provisória nº 1.823 de 29 de abril de 1999, que criou o Programa de Arrendamento Residencial (PAR) e o Fundo de Arrendamento Residencial (FAR).

Esse programa habitacional prevaleceu até o ano de 2009, quando foi criado o Programa Minha Casa Minha Vida, por meio da Lei nº 11.977/09; todavia, inúmeros contratos foram firmados sob a égide do PAR, inclusive nos anos de 2011 e 2012, situação que indica a existência desse programa até, ao menos, o ano de 2027.

1.2 Natureza jurídica do contrato e o microssistema dos imóveis populares

O contrato firmado sob a égide da Lei nº 10.188/01 é complexo, na medida em que inicialmente é de arrendamento, aluguel, tornando-se, após implementadas todas as condições existentes no contrato e na Lei, um contrato de compra e venda, permitindo-se a transferência da titularidade do bem, que deixará de pertencer ao FAR.

Salienta-se que esse não é um arrendamento comum, que segue as regras do *Leasing*, tendo em vista a origem dos recursos, que são públicos, os subsídios envolvidos, que também são públicos, e os princípios dispostos na própria Lei nº 10.188/01, no seu parágrafo único do art. 4º, *in verbis*:

⁵ Súmula 327 do STJ: “Nas ações referentes ao Sistema Financeiro da Habitação, a Caixa Econômica Federal tem legitimidade como sucessora do Banco Nacional da Habitação”.

Art. 4º Compete à CEF:

[...]

Parágrafo único. As operações de aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis obedecerão aos critérios estabelecidos pela CEF, respeitados os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, moralidade administrativa, interesse público e eficiência, ficando dispensadas da observância das disposições específicas da lei geral de licitação.

Nessa senda, a interpretação da Lei, do contrato e da sua finalidade social não deve ocorrer sob o enfoque do Código do Consumidor e da legislação entre particulares, mas sim pela perspectiva do direito administrativo, invocando-se os princípios da supremacia do interesse público e da sua indisponibilidade, além das disposições legais sobre o SFH, haja vista os recursos públicos envolvidos e o interesse público social existente.

Assim, cabe aos profissionais do direito observarem o microssistema jurídico dos imóveis populares, que é formado por diversas leis, em especial pelas de nº 4.380/64, nº 5.741/71, nº 8.100/90, nº 9.514/97, nº 10.150/00, nº 10.188/01, nº 10.931/04 e nº 11.977/09, as quais servirão para a colmatação das lacunas eventualmente existentes, observando-se o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁶, evitando-se a utilização de normas alienígenas aos institutos e, com isso, protegendo-se o próprio interesse público.

1.3 Problema

Quando os contratos firmados dentro das regras do PAR completam 15 anos, impõem-se três situações de escolha ao arrendatário, sendo a primeira a renovação do contrato, a segunda a devolução do imóvel, e a terceira a transferência de titularidade do bem para o próprio arrendatário.

A transferência do imóvel para o arrendatário também ocorre no momento da denominada “aquisição antecipada”, que consiste na antecipação da escolha de transferência de titularidade do imóvel, após o lapso temporal de cinco anos.

Ocorre que, após 15 anos da assinatura do contrato ou no momento do pedido de “aquisição antecipada”, o beneficiário deverá apresentar toda a sua documentação pessoal atualizada, inclusive certidão de nascimento ou de casamento, no intuito de que essas informações possam adentrar o fólio real, haja vista a

⁶ “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

exigência da Lei nº 6.015/73, Lei nº 7.433/85 e Decreto nº 93.240/86, sendo neste momento que a CEF toma a ciência da omissão do estado civil ou de união estável.

Por consequência, a CEF rescinde o contrato e notifica o arrendatário para a devolução do imóvel; porém, como a devolução não é amigável e por essa empresa pública não dispor da autotutela e da autoexecutoriedade, a busca do Poder Judiciário torna-se inevitável, razões pelas quais se iniciam as discussões jurídicas e o devido processo legal.

1.4 Conclusão do tópico

O PAR é um dos programas habitacionais sociais existentes, fazendo parte do microssistema dos imóveis populares, haja vista a previsão legal e a origem dos recursos públicos, razões pelas quais se impôs a adoção de mecanismos que propiciem a sua efetividade e ao mesmo tempo barreiras contra a sua violação, contribuindo para a regular utilização dos recursos públicos e a proteção ao interesse público.

2 Quebra do contrato – omissão do estado civil

2.1 Estudo de Caso - Omissão do Estado Civil - Ação nº 0007093-46.2014.403.6000 - 1ª Vara Federal da Primeira Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul

2.1.1 Do contrato firmado à sua resolução

Neste caso ora apresentado para estudo, a CEF, na qualidade de representante do FAR, firmou com a Beneficiária, em 17 de novembro de 2004, contrato afetado às regras do PAR, em que a arrendatária se qualificou como solteira, apresentando cópia da certidão de nascimento.

Todavia, em abril de 2014, quando da sua solicitação de “aquisição antecipada”, ela apresentou a certidão de casamento, em que constava que era casada desde 9 de outubro de 2003 e inclusive teria alterado o seu nome de solteira, acrescentando o sobrenome do cônjuge varão.

Por sua vez, ciente da situação, a CEF rescindiu o contrato, notificou a arrendatária e, com a não devolução do imóvel, auxiliou ação reivindicatória, em que alegou que a falsa declaração do estado civil configurou quebra do contrato, má-fé, inviabilidade de análise da regularidade cadastral, como a renda, a existência de outro imóvel ou o recebimento de anterior benefício do SFH.

A resolução do contrato teria ocorrido por força do art. 474 do CC⁷, combinado com a cláusula 19^a do contrato⁸, além do art. 9º da Lei nº 10.188/01.⁹

2.1.2 Do indeferimento da liminar

O pedido de liminar foi indeferido pelo Douto Juízo, sob a alegação de que a CEF não conseguiu comprovar o dano irreparável ou de difícil reparação, bem como o perigo da demora seria inverso, já que a desocupação imediata afigurar-se-ia de maior gravidade.

2.1.3 Da defesa e da reconvenção

A beneficiária então apresentou a sua contestação e reconvenção, nas quais alegou carência de ação, contrato de adesão, compatibilidade da renda do casal, erro de preenchimento, não obrigação do conhecimento de normas internas, exigência de dolo para o crime de falsidade ideológica, princípio da transparência, aplicação do CDC, não moradia com o cônjuge na época da contratação, função social da propriedade, decadência, prescrição e retenção pelas benfeitorias realizadas.

2.1.4 Da réplica e da contestação

⁷ “Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”

⁸ “CLÁUSULA DÉCIMA NONA - DA RESCISÃO DO CONTRATO - Independente de qualquer aviso ou interpelação, este contrato considerar-se-á rescindido nos casos abaixo mencionados, gerando, para os ARRENDATÁRIOS, a obrigação de pagar as taxas de arrendamento vencidas atualizadas na forma deste contrato, bem como a quitação das demais obrigações contratuais, sob pena de execução da dívida assim apurada, e de devolver incontinentemente, o imóvel arrendado à ARRENDADEORA, sem qualquer direito de retenção ou indenização por benfeitorias, configurando a não devolução, esbulho possessório que enseja a adoção das medidas judiciais cabíveis e multa fixada no inciso II da Cláusula Vigésima deste instrumento.

I - descumprimento de quaisquer cláusulas ou condições estipuladas neste contrato;

II - falsidade de qualquer declaração prestada pelos ARRENDATÁRIOS neste contrato;

[...]

⁹ “Art. 9º. Na hipótese de inadimplemento no arrendamento, findo o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso, fica configurado o esbulho possessório que autoriza o arrendador a propor a competente ação de reintegração de posse.”

A CEF apresentou a sua réplica e contestação, em que afastou:

- A carência de ação, tendo em vista estarem presentes os requisitos até então existentes pela norma processual: a legitimidade, o interesse jurídico e a possibilidade jurídica do pedido, posto que a CEF é representante do FAR. O interesse jurídico estava presente pela quebra do contrato e a possibilidade jurídica do pedido está presente no art. 1.288 do CC;¹⁰
- A abusividade do contrato de adesão, haja vista que a sua utilização não indica arbitrariedade por si só, mas, na verdade, a busca pela facilitação da circulação de riquezas. Além disso, o contrato, por envolver recursos públicos, possui evidente natureza pública, apesar de firmado pela CEF;
- A renda do casal, já que não foram juntados os devidos comprovantes, e, mesmo que o fosse, isso não afastaria a relevância da omissão;
- O erro de preenchimento, na medida em que o estado civil foi comprovado com a certidão de nascimento desatualizada; além disso, o nome utilizado foi o de solteira;
- O não conhecimento de normas internas, em razão de que o contrato tem base legal e nas portarias do Ministério da Cidade, atraindo o art. 3º da LIDB;¹¹
- A falsidade exigiria o dolo: realmente, o tipo penal do art. 299 do CP exige o dolo, consistente na vontade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante¹², sendo que foi isso que ocorreu, ainda que na sua forma eventual, já que uma família foi preterida pela indevida contratação com a beneficiada;
- A violação ao princípio da transparência, observado pela CEF, não tendo sido comprovado pela autora a violação dele;
- O Código do Consumidor, na medida em que não ocorre a aplicação desse código aos contratos do PAR sem os devidos temperamentos, conforme entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região¹³, situação similar com o que ocorre no FIES;¹⁴

¹⁰ “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”

¹¹ “Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

¹² TJ-MG - Apelação Criminal APR 10568100003173001 MG (TJ-MG).

¹³ SUBSECRETARIA DA 5ª TURMA Expediente Processual (Despacho/Decisão) Nro 27192/2014 00006 AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 0017834-40.2013.4.03.0000/SP 2013.03.00.017834-6/SP RELATOR : Desembargador Federal ANDRÉ NEKATSCHALOW AGRAVANTE : SUZANA DE MACEDO FAJOLI ADVOGADO : SP082844 WALDYR DIAS PAYAO e outro AGRAVADO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF ADVOGADO : SP111749 RAQUEL DA

- A função social da propriedade, posto que ela é desviada quando se mantém na posse do imóvel arrendatário que não atende as exigências estabelecidas pelo PAR em detrimento de outros cidadãos que anseiam participar do programa;

SILVA BALLIELO SIMAO e outro ORIGEM : JUIZO FEDERAL DA 2 VARA DE MARILIA Sec Jud SP Nº. ORIG. : 00025542920134036111 2 Vr MARILIA/SP EMENTA PROCESSUAL CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PAR. LEI Nº 10.188/01, ART. 9º. CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO À MORADIA (CR, ART. 6º), DEVIDO PROCESSO LEGAL (CR, ART. 5º, LIV). CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA (CR, ART. 5º, LV). CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PREVISÃO CONTRATUAL FUNDAMENTADA NA LEI Nº 10.188/01. VALIDADE. PURGAÇÃO DE MORA. POSSIBILIDADE.

1. O art. 9º da Lei nº 10.188/01 é constitucional, dado que se limita a estabelecer as condições exigidas para a reintegração de posse, modalidade de tutela jurisdicional com evidente compatibilidade com a Constituição da República. Por essa razão, não conflita com o direito à moradia (CR, art. 6º) nem com a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal (CR, art. 5º, LIV, LV), pois cabe ao Poder Judiciário observar o due process of law aplicável a essa espécie de tutela. **Por fim, o Código de Defesa do Consumidor não enseja juízo de nulidade da cláusula contratual que estipule a reintegração de posse, visto que tal cláusula tem fundamento na própria lei.**

2. As alienações de imóveis vinculadas ao PAR somente podem ser realizadas pela CEF, que é a proprietária do imóvel, sob pena de rescisão contratual, conforme dispõe o item III da cláusula décima nona do contrato. Assim, à parte a afirmação da agravante de que também poderia ser beneficiária do programa, verifica-se dos autos que a alienação do imóvel não foi realizada com a intervenção da CEF, o que autoriza a reintegração de posse (Lei nº 10.188/01, art. 9º).

3. Aduz a agravante que apresentou pedido de composição para a CEF, pois se dispõe a adimplir a dívida, bem como que restaram demonstradas as alegações de que teria quitado 108 (cento e oito) parcelas das 180 (cento e oitenta) previstas até o momento, sendo que o contrato foi celebrado em 09.01.04, mas o inadimplemento se deu apenas em relação às taxas de arrendamento e do condomínio de 3 (três) meses (março, abril e maio de 2013) em razão de comprovada situação de desemprego.

4. A agravante celebrou contrato de arrendamento residencial com a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL nos termos da Lei nº 10.188/01. Tendo em vista o inadimplemento contratual por parte da agravante, a CEF notificou-a extrajudicialmente em 27.04.13 para pagamento do débito, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de restar configurado esbulho possessório.

5. Decorrido o prazo sem pagamento, a CEF ajuizou ação de reintegração de posse em 02.07.13 e a liminar foi deferida em 05.07.13, tendo o mandado de reintegração sido cumprido em 16.07.13 e o presente recurso interposto em 24.07.13.

6. A Lei nº 10.188/01 garante à CEF o direito à tutela possessória assim que esgotado o prazo da notificação ou interpelação, sem pagamento dos encargos em atraso.

• A decadência e a prescrição, na medida em que, pelo instituto da *actio nata*, somente a partir do conhecimento do fato é que se iniciou o período decadencial/prescricional. Soma-se a isso a questão da nulidade do negócio jurídico, nos termos do art. 166, VI do CC¹⁵, aplicando-se por isso o art. 169 do CC¹⁶, impossibilitando o início do prazo prescricional ou decadencial;

• A retenção pelas benfeitorias, conforme o disposto na cláusula 23^a do contrato¹⁷ e pela não regularização das obras, o que inclusive poderá ocasionar a demolição da obra.

Desse modo, foram enfrentados todos os pontos apresentados na peça da requerida/reconvente.

2.1.5 Da Sentença - Autos nº 00070934620144036000 - 1^a Vara Federal da Primeira Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul

Neste processo não ocorreu a audiência de instrução e julgamento, já que o Nobre Juízo aplicou o derrogado inciso I do

7. A decisão agravada já foi cumprida, de modo que não subsiste, efetivamente, utilidade em suspender seus efeitos no que tange o exercício do direito da CEF de reaver o imóvel, objetivo último do feito de reintegração possessória

8. Agravo de instrumento não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, nos termos do relatório e voto que ficam fazendo parte integrante do presente julgado

São Paulo, 10 de fevereiro de 2014.

Andre Nekatschalow

Desembargador Federal Relator (grifos nossos).

¹⁴ REsp 1.155.684.

¹⁵ "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa".

¹⁶ "Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo."

¹⁷ "CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCEIRA - DAS BENFEITORIAS E ACESSÕES - Qualquer modificação ou alteração do imóvel objeto deste contrato acederá ao imóvel, nos termos da legislação vigente, cujas despesas de regularização junto aos órgãos competentes correrá por conta exclusiva dos ARRENDATÁRIOS, não cabendo a estes qualquer direito de retenção em relação a taxa de arrendamento, indenização ou reembolso dos valores despendidos."

art. 330 do CPC¹⁸, hoje materializado no inciso I do art. 355 do CPC/15.¹⁹

Nessa senda, a inédita sentença no Estado de Mato Grosso do Sul, que enfrentou o mérito, julgou parcialmente procedente a demanda a favor da CEF, no sentido de reintegrar definitivamente essa empresa pública na posse do imóvel, fixando taxa de ocupação e condenando a requerida nas verbas sucumbenciais.

Na fundamentação, foram afastadas as preliminares, já que estavam presentes as condições da ação e a regularidade da inicial.

No mérito, o Juízo enfrentou a questão da posse injusta e da posse de boa-fé, questão importantíssima que ocasiona a extinção de inúmeras ações ajuizadas pela CEF sem a análise do mérito:

Aqui o sentido da posse injusta se torna mais amplo, o que é facilmente perceptível considerando-se que, se a posse de boa-fé pudesse excluir a reivindicatória, o domínio estaria praticamente extinto, diante do fato da posse.

Assim, mesmo de boa-fé, a posse cede ao domínio, nessa ação específica de defesa deste, pois na espécie, a posse direta é contratual.²⁰

Com isso, foi garantida a legitimidade da ação ajuizada.

Na questão fática, apontou-se que o casamento ocorreu no ano de 2003, sendo a ficha cadastral preenchida após cinco meses e o contrato firmado após mais oito meses²¹, nos quais fora declarado que ela seria solteira, inclusive com a utilização do nome anterior.

Além disso, analisou-se a sua escolaridade, constatando-se que era bacharel em Direito.

¹⁸ “Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”.

¹⁹ “Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas”.

²⁰ T recho da sentença proferida pelo Magistrado Federal, Dr. Renato Toniasso, autos nº 0007093-46.2014.403.6000.

²¹ Abro um parêntese neste ponto, tendo em vista que existem três momentos distintos na vida do beneficiado, sendo o primeiro quando ele faz a inscrição no prefeitura ou no Estado, após, caso sorteado, os seus dados são encaminhados para a CEF, onde ele é convidado para preenchimento da ficha cadastral, em que constará a sua qualificação, renda e demais dados. Por fim, após a aprovação do cadastrado, ocorre a formalização do contrato.

Apontou-se, ainda, que, mesmo sendo o contrato de adesão, as informações foram prestadas pela arrendatária, assim como os documentos, afastando-se a imputação da responsabilidade para a CEF.

Por consequência, as alegações de boa-fé, ausência de prejuízo, condição econômica, pagamento das taxas sucumbiram diante do comprometimento da lisura do PAR, ainda que tenha abstratamente prejudicado outros interessados que preenchiam os requisitos do programa.

Neste diapasão, reconheceu-se a constitucionalidade da cláusula 19^a e da Lei 10.188/01, tendo apenas afastado o pedido de perdas e danos, já que não comprovados.

Por fim, afastaram-se as pretensões da reconvenção, inclusive a de retenção pelas benfeitorias, já que, se existentes, dependiam de autorização da CEF.

2.1.6 Da legitimidade da sentença

O caso apresentado julgou procedente a demanda a favor da CEF, tendo em vista a omissão do correto estado civil da arrendatária quando da apresentação dos dados para a formalização do contrato.

Essa situação, de omissão, ocasionou a ausência da análise de diversos pontos, sendo eles a renda familiar, a existência de imóvel em nome de alguns dos cônjuges, a existência do recebimento ou financiamento de algum imóvel dentro do SFH, a existência de restrições cadastrais, como SERASA, SPC, CADIN, ou seja, a verificação dos dados não se limita à renda, mas a variados dados, no intuito de que seja selecionado quem realmente necessita do benefício.

Assim, agiu de modo correto o Juízo, posto que aplicou a legislação existente, sem o seu afastamento de modo arbitrário, evitando-se a utilização indevida da equidade no julgamento²², privilegiando a segurança jurídica.

2.1.7 Da colisão de princípios

A r. sentença não enfrentou objetivamente o princípio da dignidade da pessoa humana nem o direito à moradia, embora o tenha feito no seu todo, com relação a esses pontos.

²² “Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.”

Com efeito, as ações reintegratórias ou reivindicatórias envolvem o direito à moradia (2º geração) e o princípio da dignidade da pessoa humana, o que demanda maiores cuidados do Julgador, sendo que, em regra, ocorrerá o conflito desses princípios, porém titularizados por outros cidadãos. Além disso, ao serem colocados na balança da Deusa Dice²³, reconhecer-se-á a violação a outros princípios, sendo estes o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade desse interesse.

No que se refere à dignidade da pessoa humana e ao direito à moradia, o conflito ocorre com os demais cidadãos que aguardam na fila o direito à aquisição de uma moradia de baixo custo, que foram abstrata ou concretamente preteridos por condutas como as descritas neste trabalho.

Com relação aos princípios do interesse público e da sua indisponibilidade, a violação decorre pela frustração da sociedade como um todo, que, por meio dos seus impostos e pelo princípio da solidariedade, financia e permite a existência desse programa, no intuito de propiciar melhores condições de vida para quem não possuiu a oportunidade de acesso a esse bem da vida, entretanto, com a utilização indevida do programa, esse objetivo não se concretiza, tergiversando os recursos públicos e a finalidade social do programa.

Neste aparente conflito de princípios fundamentais, sobrepõem-se o interesse público e a dignidade dos demais cidadãos que aguardam a sua seleção, na medida em que vivemos num Estado de Direito, do Leviatã de Thomas Hobbes²⁴, do Contrato

²³ Dice (em grego antigo: Δίκη, transl.: Diké), na mitologia grega, uma das horas, filhas de Zeus com Têmis, é a deusa grega dos julgamentos e da justiça. A deusa correspondente, na mitologia romana, é a Justiça (Iustitia), vingadora das violações da lei. Com a mão direita sustentava uma espada (simbolizando a força, elemento tido por inseparável do direito) e na mão esquerda sustentava uma balança de pratos (representando a igualdade buscada pelo direito), sem que o fiel esteja no meio, equilibrado. O fiel só irá para o meio após a realização da justiça, do ato tido por justo, pronunciando o direito no momento de "ison" (equilíbrio da balança). Note-se que, nesta acepção, para os gregos, o justo (Direito) era identificado com o igual (Igualdade).

²⁴ Leviatã é o livro mais famoso do filósofo inglês Thomas Hobbes, publicado em 1651. O seu título se deve ao monstro bíblico Leviatã. O livro, cujo título por extenso é Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil, trata da estrutura da sociedade organizada. Hobbes alega serem os humanos egoístas por natureza. Com essa natureza tenderiam a guerrear entre si, todos contra todos (*Bellum omnia omnes*). Assim, para não nos exterminarmos uns aos outros, será necessário um contrato social que estabeleça a paz, a qual levará os homens a abdicarem da guerra contra outros homens. Mas, egoístas que são, necessitam

Social de Rousseau²⁵ e do Espírito das Leis de Montesquieu²⁶, mas não da prevalência do mais forte sobre o mais fraco, da época dos homens da caverna. Pensar de outra forma justificaria as barbáries ocorridas no Estado do Espírito Santo neste ano de 2017.

Dessarte, o descumprimento das regras, das leis e da ordem de sorteio configura profunda violação ao sistema jurídico pátrio e atenta contra os demais cidadãos, sejam os que pagam os impostos e sustentam a construção das unidades habitacionais sociais, sejam os sorteados, que também são vulneráveis, tanto que sequer impugnaram os beneficiados de modo irregular, acreditando nos Poderes Estatais, respeitando as regras e atuando como homens médios.

Assim, cabe ao Julgador aplicar o ordenamento jurídico na sua integridade, sopesando os efeitos da sua decisão no panorama coletivo, evitando imaginar que o caso tratado seja individual e de pouca importância, posto que a manutenção de quem não tinha direito ao benefício ou que utilizou de subterfúgios para essa pretensão configuraria a legitimação do ato nulo e a violação aos princípios mais caros da Carta Magna brasileira, prejudicando o senso de responsabilidade e valorizando condutas reprováveis, sufocando ainda mais o senso de honestidade e justiça da sociedade brasileira, que já não suporta mais o “jeitinho brasileiro”, na sua forma negativa.

de um soberano (Leviatã) que puna aqueles que não obedecem ao contrato social. Note-se que um soberano pode ser uma pessoa tanto quanto um grupo, eleito ou não. Porém, na perspectiva de Hobbes, a melhor forma de governo era a monarquia – sem a presença concomitante de um Parlamento, pois este dividiria o poder e, portanto, seria um estorvo ao Leviatã e levaria a sociedade ao caos (como na guerra civil inglesa). Informações obtidas em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Leviat%C3%A3o>.

²⁵ Nessa obra, Rousseau expõe a sua noção de contrato social, que difere muito das de Hobbes e Locke: para Rousseau, o homem é naturalmente bom, sendo a sociedade, instituição regida pela política, a culpada pela “degeneração” dele. O contrato social para Rousseau é um acordo entre indivíduos para se criar uma sociedade e, só então, um Estado, isto é, o contrato é um pacto de associação, não de submissão (https://pt.wikipedia.org/wiki/Do_Contrato_Social).

²⁶ Do Espírito das Leis (em francês: *De l'esprit des lois*), publicado em 1748, é o livro no qual Montesquieu elabora conceitos sobre formas de governo e exercícios da autoridade política que se tornaram pontos doutrinários básicos da ciência política. Suas teorias exerceiram profunda influência no pensamento político moderno. Elas inspiraram a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, elaborada em 1789, durante a Revolução Francesa (https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Esp%C3%A3rito_das_Leis).

2.1.8 Da União Estável - Autos nº 00007495420114036000 - 2ª Vara Federal da Primeira Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul

A omissão do estado civil é apenas a nomenclatura utilizada ordinariamente nas peças ajuizadas pela CEF, na medida em que a existência de convívio em união estável não altera o estado da pessoa, que continua sendo solteira, viúva, separada, divorciada.

Todavia, essa situação é relevante para o direito, já que possui previsão constitucional²⁷ e previsão legal²⁸, resultando na necessidade da análise cadastral e de restrições da unidade familiar de ambos os conviventes, do mesmo modo que as pessoas casadas.

Além disso, após o término do contrato, o bem poderá ser transferido para ambos, nos termos do art. 1.725 do Código Civil, situação equivalente ao das pessoas casadas, o que torna imperiosa a análise deles e não de apenas um dos beneficiários, já que situação diversa poderia ocasionar o recebimento do mesmo benefício por cada um dos conviventes, fato já ocorrido em Campo Grande/MS, em que o programa e uma família ficaram prejudicados, em detrimento da especulação imobiliária dos beneficiados, que inclusive alegaram rompimento da união estável para que fosse evitada a reintegração na posse do imóvel.

Nesse sentido, a r. sentença proferida nos autos de nº 00007495420114036000 reconheceu a violação ao interesse público e ao sistema do PAR pelos conviventes, nos seguintes termos:

Verifico que, de fato, ocorreu, no presente caso, a desvirtuação do objetivo do arrendamento do imóvel firmando em 29/02/2008, descrito na inicial. A alega-

²⁷ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]”

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

²⁸ “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. [...]”

Art. 1.725. Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

ção da CEF é corroborada pelas provas produzidas nos autos.

Dentre eles, a Ficha Cadastro Pessoa Física (fl. 40), onde consta o estado civil do requerido como solteiro, o que serviu de base para elaboração do contrato de Arrendamento Residencial de fl. 19 e seguintes. Porém, os requeridos conviviam maritalmente, em união estável, no momento do cadastramento para aquisição do imóvel, o que não poderia ter sido omitido, ainda que sob a alegação de que não consagração da união estável como estado civil.

Por outro lado, os relatórios de vistoria do imóvel de fls. 42/43 e 46/50 e a certidão de notificação ao arrendatário (fl. 52) comprovam residir no imóvel a requerida Dalva. Demais disso, o contrato particular de fls. 56/67 demonstra ser a requerida Dalva beneficiária de outro programa de habitação de interesse social, a comprovar a impossibilidade dela ser beneficiária de novo imóvel pelo Programa de Arrendamento Residencial e que caso constasse na ficha cadastral do requerido Sidiney, como sua companheira, inviabilizaria a concessão do imóvel em favor deste.

Por conseguinte, a omissão da existência da união estável é tão grave quanto a do casamento, já que oportuniza à unidade familiar a chance de obter novo imóvel, em detrimento de diversos cidadãos que ainda aguardam a sua oportunidade, inclusive por anos.

2.1.9 Do Contraponto - Autos nº 00032682620164036000 - 4ª Vara Federal da Primeira Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul

A aparente normalidade apresentada nos procedentes apresentados antes não é a regra, já que a busca pela solução mais favorável ao arrendatário, em tese, a parte mais fraca, sobrepõe-se aos interesses e princípios já apresentados neste trabalho, na medida em que se torna muito mais conveniente manter-se a situação já consolidada do que revolver todos os fatos, alterando as situações jurídica e fática existentes e impondo outra, que, apesar de legal e justa, seria traumática.

Nesse sentido, indicam-se as razões do indeferimento da liminar solicitada pela CEF nos autos indicados neste tópico, em que o Douto Juízo apresentou barreiras jurídicas para a pretensão postulada.

Na fundamentação declarou-se que a posse não era injusta, já que a rescisão somente ocorreria pelo inadimplemento

financeiro, motivo pelo qual a ação adequada não seria reivindicatória, mas sim anulatória do contrato, já que a falsa declaração foi anterior ou contemporânea à formação do contrato, conduzindo eventualmente a sua anulação, mas não a sua resolução.

Por conseguinte, declarou-se inócta a cláusula contratual 19^a, afastando-se a resolução do contrato, afirmando a vigência do instrumento e a legalidade da posse.

Todavia, isso não pode ser tolerado, haja vista a violação concreta e abstrata da omissão do estado civil, seja na preterição de outras famílias, que não foram contempladas no sorteio, seja pela preterição de quem ainda aguarda na fila.

Assim, ainda que o Culto Juízo tenha demonstrado caráter humanitário e social na sua decisão, isso não traduziu a orientação da jurisprudência pátria²⁹ e do ordenamento jurídico, já que a posse tornou-se injusta desde a rescisão do contrato – cujas informações foram prestadas pelo próprio arrendatário – pela violação à cláusula existente, que decorre da Lei 10.188/01 e do interesse público.

Nesse diapasão, o STJ já foi convidado a ser manifestar, ainda que o caso concreto analisado fosse a cessão irregular da posse do imóvel, oportunidade em que esclareceu que o inadimplemento disposto no art. 9º da Lei 10.188/01 não se limitava às taxas de arrendamento, conforme REsp 1385292:

as cláusulas que estabelecem a resolução do contrato são instrumentos indispensáveis ao sucesso do PAR, porque coibem a fraude. A contrapartida financeira para a aquisição de moradia por meio do PAR é extremamente benéfica ao arrendatário, por isso as condições para se manter no programa são e devem ser

²⁹ “DIREITO ADMINISTRATIVO. TERMO DE OCUPAÇÃO COM OPÇÃO DE COMPRA. COHAB. CLÁUSULA RESOLUTIVA. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA RESCISÃO ATRAVÉS DO JUDICIÁRIO. 1. Esta Corte entende que o Termo de Ocupação com Opção de Compra-TOOC, com cláusula resolutiva expressa, para ser rescindido por inadimplemento, prescinde de rescisão formal através do Judiciário. Precedentes. 2. Recurso especial provido” (REsp 199600262411, Castro Meira, STJ – 2^a T.; DJ 07/03/2005, p. 182).

“PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL - CONTRATO: CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA - INADIMPLEMENTO X REINTEGRAÇÃO. 1. O contrato com cláusula resolutiva expressa, para ser rescindido por inadimplemento, dispensa rescisão formal pelo Judiciário. 2. Ação de reintegração, com pedido de liminar, que deve ser examinada sem o óbice da rescisão. 3. Recurso especial provido” (RESP 199500193680, ELIANA CALMON, STJ – 2^a T., DJ 05/03/2001, p. 143).

rigorosas, em obediência à proporcionalidade e à razoabilidade.

Ainda se manifestou no seguinte sentido:

Não há como considerar ilegais as cláusulas que estabelecem a resolução contratual na hipótese de transferência ou cessão de direitos decorrentes do contrato de arrendamento residencial no âmbito do PAR, pois encontram amparo na legislação específica que regula a matéria, bem como se alinham aos princípios e à finalidade que dela se extraem.

Desse modo, o STJ entendeu pela validade das cláusulas resolutivas nos contratos do PAR.

É certo que o r. posicionamento do STJ não tem efeito vinculante, porém a sua não observação implicará demasiado desperdício de energia, tempo e dinheiro, pois dificilmente aquela Corte mudará o seu posicionamento.

Nesse passo, não obstante ter sido feita uma interpretação restritiva do art. 9º, da Lei nº 10.188/01, foi olvidado que o contrato entabulado entre as partes – e que tem força de lei – traz em seu bojo outras situações que geram a rescisão e permitem, consequentemente, a reintegração/reivindicação da CAIXA na posse do imóvel. E são essas cláusulas contratuais protetoras do interesse público que permitem a rescisão contratual no âmbito administrativo.

Ressalta-se que não é crível na época em que estamos, quando a circulação de riquezas e o número de contratações são exponenciais, que se exija a intervenção do Poder Judiciário para uma rescisão contratual por manifesta quebra contratual. Acreditar nisso implicaria a relativização de toda a política de eficiência e de desburocratização vigente no país, que, inclusive, foi implementada pelo próprio Poder Judiciário.

Com efeito, a respeito da rescisão contratual, determina a cláusula décima nona do contrato (grifos nossos):

CLÁUSULA DÉCIMA NONA - DA RESCISÃO DO CONTRATO - Independentemente de qualquer aviso ou interpelação, este contrato **considerar-se-á rescindido nos casos abaixo mencionados, gerando, para os ARRENDAATÁRIOS, a obrigação de pagar as taxas de arrendamento vencidas atualizadas na forma deste contrato, bem como a quitação das demais obrigações contratuais, sob pena de execução da dívida assim apurada, e de devolver, incontinenti, o imóvel arrendado à ARRENDAADORA, sem qualquer direito de retenção ou indenização por**

benfeitorias, configurando a não devolução, esbulho possessório que enseja a adoção das medidas judiciais cabíveis e multa fixada no inciso II da Cláusula Vigésima deste instrumento.

- I - descumprimento de quaisquer cláusulas ou condições estipuladas neste contrato;
- II - falsidade de qualquer declaração prestada pelos ARRENDATÁRIOS neste contrato;
- III - transferência/cessão de direitos decorrentes deste contrato;
- IV - uso inadequado do bem arrendado;
- V - destinação dada ao bem que não seja a moradia do ARRENDATÁRIO e de seus familiares.

Denota-se que há no contrato **cláusula resolutiva expressa**, de modo que, constatada a irregularidade (no caso, a falsidade de declaração), o contrato é rescindido, fato que se opera de pleno direito, independentemente de pronunciamento judicial, *in verbis*:

Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Além de existir previsão contratual e legal, é pacífico na jurisprudência que a cláusula resolutiva expressa gera efeitos imediatos.³⁰

Ademais, o inadimplemento contratual não decorre somente da falta de pagamento das prestações periódicas. Qualquer descumprimento contratual consiste em um inadimplemento capaz de gerar a rescisão contratual e o esbulho possessório. A propósito do tema, os Tribunais Regionais Federais já se manifestaram no sentido de que o inadimplemento não se restringe ao pagamento das prestações.³¹

³⁰ “PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL - CONTRATO: CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA - INADIMPLEMENTO X REINTEGRAÇÃO. 1. O contrato com cláusula resolutiva expressa, para ser rescindido por inadimplemento, dispensa rescisão formal pelo Judiciário. 2. Ação de reintegração, com pedido de liminar, que deve ser examinada sem o óbice da rescisão. 3. Recurso especial provido” (RESP 199500193680, ELIANA CALMON, STJ – 2^a T., DJ 05/03/2001, p. 143).

³¹ “CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. ARRENDATÁRIOS QUE NÃO RESIDEM NO IMÓVEL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RESCISÃO DO CONTRATO. REINTEGRAÇÃO NA POSSE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A noção de inadimplemento contratual não se prende, exclusivamente, à pres-

Nada obstante, caso mantido o entendimento inicial do Juízo, não seria hipótese de anulabilidade, mas de nulidade do contrato, nos termos do art. 166, VI do CC³², aplicando-se por isso o art. 169 do CC³³, impossibilitando o início do prazo prescricional ou decadencial, atraindo inclusive a aplicação do art. 321 do CPC³⁴ para a devida correção da inicial.

Dessarte, quer de um modo ou de outro, a violação às regras do PAR é grave e não pode ser tolerada, já que envolve recursos públicos e a dignidade de outros cidadãos, que por causa de condutas graves, como as apresentadas nesse estudo, podem ter sofrido todas as desventuras de uma vida, ainda que isso, incialmente, fique apenas descrito no campo abstrato.

2.1.10 Da solução sanção

A omissão do estado civil ocasiona, como já apresentado, a resolução do contrato e o ajuizamento da demanda para recuperação do imóvel, caso este não seja devolvido de modo amigável.

Após a retomada do imóvel, ele é vendido em leilão e os recursos são depositados na conta do FAR, oportunizando a construção de novas moradias (agora no PMCMV) e o cumprimento das obrigações do FAR, pagamento de fornecedores.

tação de pagar, alcançando também as demais modalidades de obrigações, como as de fazer, as de não fazer e as de entregar coisa. 2. Havendo, no contrato de arrendamento residencial, cláusula pela qual o arrendatário se obriga a destinar o imóvel à residência própria e familiar, sob pena de rescisão, o respectivo descumprimento dá ensejo à reintegração da arrendadora na posse do bem. 3. A residência é o local onde o homem se recolhe para a vida íntima e para o repouso, é o ponto de convivência familiar, de coabitão. Se os arrendatários admitem que permanecem todos os dias da semana, em período integral, no imóvel em que possuem um estabelecimento comercial, inclusive ali pernoitando, resulta claro que eles não destinam para a residência própria e familiar o bem arrendado. 4. Agravo desprovido" (AI 00061185020124030000, Desembargador Federal NELTON DOS SANTOS, TRF3 – 2^a T.; e-DJF3 14/06/2012).

³² "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

[...]

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa.

³³ "Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo."

³⁴ "Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado."

Ocorre que, apesar da gravidade dos fatos, outra solução poderia ser alcançada, a qual consistiria na perda dos subsídios envolvidos, momento em que o arrendatário faltoso perderia as benesses públicas recebidas e seria cobrado pelo valor atualizado do imóvel. Nesse sentido, caso honrasse o pagamento, mesmo que por novo financiamento pelas regras ordinárias, poderia permanecer no imóvel; do contrário, a ação prosseguiria com os fins já conhecidos.

Com isso, pretende-se manter a situação fática existente, mas com a aplicação de sanção, a qual poderá gerar maiores recursos ao FAR do que a simples venda em leilão do imóvel, propiciando a punição dos arrendatários pela conduta, sem que isso implique maiores danos sociais, e sim o contrário, já que a família faltosa continuará na residência e contribuirá com recursos para a construção de outras moradias, mitigando os danos concretos e abstratos do seu comportamento.

Salienta-se que os imóveis antigos valorizaram muito nestes últimos dez anos, alcançando facilmente preços maiores que R\$ 100.000,00; já a construção de novas unidades em série, cujos terrenos e infraestrutura são doados pelos municípios e Estados, muitas vezes custa ao FAR até R\$ 50.000,00.

Assim, muitas outras unidades poderão ser construídas, efetivando a finalidade do FAR e punindo-se do melhor modo aqueles que usufruíram do bem de modo indevido.

Conclusão

O direito e a justiça são formados por diversos atores, entre eles os advogados, juízes, promotores, legisladores, cidadãos, e todos procuram contribuir com o melhor que possuem, buscando a implementação do direito mais equânime e menos traumático, proporcionando uma sociedade mais justa e solidária.

Desse modo, a existência de posicionamentos contrários ao almejado não constitui óbice intransponível, mas degraus de uma escada, na qual caminhamos todos os dias, na busca pela sobrevivência, pela existência da vida, pela amizade, pelo amor e pelo estudo.

Nessa senda, o ordenamento jurídico pátrio, de natureza analítica, cria as soluções para os problemas existentes na sociedade, porém não é capaz de enfrentar especificamente todos os efeitos colaterais ocasionados pela aplicação da norma, seja pela má aplicação da lei, seja por sua violação, exigindo-se a intervenção criativa dos operadores do direito, no intuito de se balizar dentro do sistema jurídico a verdadeira pretensão e alcance da

norma, que muitas vezes distancia-se da vontade do legislador, que sequer imaginava o frutos do seu labor.

Assim, neste trabalho, abordou-se a relevância dos contratos de financiamento/arrendamento de moradias populares a quem não teria oportunidade de alcançar esse bem da vida em situações normais, no intuito de se garantir a efetividade dos comandos programáticos das Constituições pátrias, em especial a de 1988.

No entanto, a busca por um imóvel, em especial o subsidiado pela sociedade, pode ultrapassar o senso comum e configurar crime, ocasionando danos concretos e abstratos, já que um cidadão foi beneficiado de modo indevido em detrimento de outro.

Dessarte, o descobrimento dessa situação provoca uma série de atos, haja vista a origem dos recursos, públicos, ocasionando a resolução do contrato e a reintegração na posse direta do imóvel.

Por conseguinte, a omissão do estado civil ou de união estável nos contratos afetados às regras do PAR é grave e viola diversos princípios e direitos, sendo que nesses casos o direito à moradia e o princípio da dignidade da pessoa humana do arrendatário faltoso entram em conflito com os dos preteridos de modo indevido e de quem aguarda na fila a sua vez.

Nesse diapasão, sobrepõem-se os direitos e princípios dos preteridos e de quem aguarda na fila, já que na balança de valores não se pode premiar quem usufruiu de benefício de modo indevido, sob pena do descrédito na política de programas destinados à população de baixa renda, que se encontra questionada atualmente.

Por isso, materializa-se esse relato de experiência profissional, que ainda continuará em outros artigos com relação às ações reivindicatórias por cessão irregular de imóveis afetados às regras do PAR e às ações de reintegração de posse pela inadimplência da taxa de arrendamento, inclusive sobre casos em que ocorreu a cobertura do seguro por invalidez ou morte, já que apresentam nuances ímpares.

Pontua-se que só no estado de Mato Grosso do Sul foram contratadas mais de 10.000 unidades e no país outras milhares, sendo que ainda existem só nesse estado mais de 5.000 contratos ativos, fato que expõe a necessidade e relevância do compartilhamento deste relato de trabalho.

Por fim, a busca pela justiça e pelo combate a fraudes é um dever de todos, principalmente dos advogados da CEF, que atuam arduamente na defesa do interesse público, haja vista a na-

tureza única dessa empresa pública, bem como dos Magistrados Federais, que consistem na última barreira ao abismo da impunidade.

Referências

- Apelação criminal 1056810000 3173001MG.** Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/135837474/apelacao-criminal-apr-1056810003173001-mg>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Autos nº 0000749-54.2011.403.6000.** Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Autos nº 0003268-26.2016.403.6000.** Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Autos nº 0007093-46.2014.403.6000.** Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais>. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Decreto nº 93.240/86.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D93240.htm. Acesso em: 21 fev. 2017.
- Deusa Dice.** Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Dice>. Acesso em: 21 fev. 2017.
- Do Contrato Social.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Do_Contrato_Social. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Êxodo Rural.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Axodo_rural. Acesso em: 21 fev. 2017.
- Lei de Introdução às normas de Direito Brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Decreto-Lei_14657_compilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Lei de Registros Públicos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015_compilada.htm. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Lei do Programa de Arrendamento Residencial.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10188.htm. Acesso em: 20 fev. 2017.
- Lei do Sistema Financeiro Habitacional.** Lei 4.380/64. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4380.htm. Acesso em: 21 fev. 2017.
- Lei nº 10.150/2000.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10150.htm. Acesso em: 21 fev. 2017.
- Lei nº 7.433/85.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7433.htm. Acesso em: 21 fev. 2017.

Lei nº 8.100/90. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8100.htm. Acesso em: 21 fev. 2017.

Leviatã. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Leviat%C3%A3o>. Acesso em: 20 fev. 2017.

O Cortiço. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Corti%C3%A7o. Acesso em: 20 fev. 2017.

O Espírito das Leis. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Esp%C3%A3rito_das_Leis. Acesso em: 21 fev. 2017.

O que é um contrato de gaveta? Disponível em: <https://www.melhortaxa.com.br/entenda-o-credito/o-que-e-um-contrato-de-gaveta/130224>. Acesso em: 17 fev. 2017.

Plano de Equivalência Salarial por Categoria Profissional
- PES/CP - Circular Normativa nº 098/92.

Jornada de trabalho do advogado empregado na CEF

André Luís de Sousa Miranda Cardoso

Advogado da CAIXA em Santa Catarina
Pós-graduado em Direito Processual pelo CESUSC/SC

RESUMO

Com o presente opúsculo, partindo-se da análise crítica da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, buscou-se definir a expressão “dedicação exclusiva” lançada no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil e, a partir disso, ponderadas as peculiaridades da Caixa Econômica Federal, discernir se o advogado empregado de referida sociedade empresária pública, que exerce sua função com carga horária de oito horas diárias, tem, ou não, direito a considerar sobrejornada o horário que ultrapassar a quarta hora diária.

Palavras-chave: Advogado. Empregado. Banco. Hora extra.

ABSTRACT

Starting from the critical analysis of the jurisprudence of the Superior Labor Court, we sought, with this booklet, to define the expression “exclusive dedication” launched in the Brazilian Bar Association Statute, and from this, considering the peculiarities of Caixa Econômica Federal, discern whether or not the employed attorney in such public company, who performs his duties within an eight-hour day-load, is entitled to consider overtime hours the ones exceeding the fourth daily worked hour.

Keywords: Lawyer. Employee. Bank. Extra hour.

Introdução

Matéria assaz controvertida nos pretórios vem a ser a definição da expressão “**dedicação exclusiva**” inserta no artigo 20 do EOAB e aludida no Regulamento do Advogado e EOAB, como enfatizado pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) em recentes julgados (cfr. ROAR - 225/2002-000-12-00.0, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 16/12/2008, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 06/02/2009¹).

¹ “RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA. HORAS EXTRAS. ADVOGADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 20 DA LEI N° 8.906/94. SÚMULAS N°S 410 E

Referida *indefinição* tem levado os Tribunais a proferirem sentenças diametralmente opostas, sendo que no presente artigo se dará ênfase à análise crítica da corrente jurisprudencial que junge o regime da dedicação exclusiva à presunção da carga horária de oito horas diárias.

1 Questão da “dedicação exclusiva”

Não obstante o reconhecimento de que aos advogados empregados em “banco” se aplica o EOAB², o TST, em alguns julgados, tem afastado a **regra** contida no artigo 20 do EOAB pertinente à jornada de trabalho de quatro (04) horas (aplicando a **exceção** neste prevista) quando, no contrato individual de trabalho firmado entre o “Banco” e o Advogado, restar estabelecida a carga horária de 08 horas, posto, nesta hipótese, entender o TST (a) **presumir-se** a ocorrência de “dedicação exclusiva”, bem como por (b) ser a carga horária de 08 horas o conteúdo elementar da “dedicação exclusiva”, tudo com apoio no artigo 12 do Regulamento da advocacia e EOAB.³

Face à exegese contida nos arestos acima referidos em relação aos comandos legais acima alinhados, e em razão da implicação desta sobre as relações jurídicas entre advogados empregados e a CEF, importante analisá-las detida e ponderadamente.

83/TST E 343/STF. APLICAÇÕES. A noção de ‘dedicação exclusiva’, envolvendo a jornada de advogado empregado (artigo 20 da Lei nº 8.906/94), não obteve ainda pacificação jurisprudencial, ensejando interpretações diversificadas em torno do disposto na norma, o que inviabiliza a verificação de ofensa à sua literalidade. Aplica-se à hipótese a orientação das Súmulas nºs 343 do C. STF e 83 do C. TST para afastar a alegada violação do artigo 20 da Lei nº 8.906/94. Recurso ordinário não provido.

² E-RR 351.300/97, SDI-I, DJ 16/05/03, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi; RR 744.920/01, Primeira Turma, DJ 16/08/02, Rel. Min. Wagner Pimenta; RR 727.813/01, Segunda Turma, Rel. Min. José Simpliciano Fernandes; RR 451.679/98, Terceira Turma, DJ 21/6/02, Rel. Min. Carlos Alberto Reis de Paula; RR 463.064/98, Quarta Turma, DJ 16/05/03, Rel. Juíza Convocada Helena Sobral Albuquerque e Mello; RR 789.453/01, Quinta Turma, Rel. Juiz Convocado João Ghisleni Filho; RR nº 601162/1999, DJ de 12.09.2003, rel. Min. Milton de Moura França – vencido o Min. Antônio José de Barros Levenhagen.

³ Cfr. **ERR 639514/2000**, Rel. Min. João Oreste Dalazen, 26.09.03; **RR 361933/1997**, Rel. Min. Francisco Fausto, 24.11.00; **RR 359321/1997**, Rel. Min. Moura França, 28.04.00; **RR 478350/1998**, Rel. Min. Gelson de Azevedo, 06.09.01.

1.1 Dedicação exclusiva. Conceito legal e doutrinário

O Estatuto da OAB, em seu artigo 20 dispõe: "Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de *dedicação exclusiva*."

O Regulamento do Advogado e EOAB, por sua vez, diz que:

Art. 12. Para os fins do art. 20 da Lei nº 8.906/94, considera-se dedicação exclusiva o **regime** de trabalho que for **expressamente** previsto em contrato individual de trabalho.

Parágrafo único: Em caso de *dedicação exclusiva*, serão remunerados como extraordinárias as horas trabalhadas que excederem a jornada normal de oito horas diárias (grifos nossos).

Limpado o texto, tem-se: dedicação exclusiva é o **regime** de trabalho **expressamente** previsto em contrato individual de trabalho.

Não obstante a imposição da expressa manifestação de vontade, o texto legal supra não revela o que seja dedicação exclusiva. Dá-lhe somente a **forma**: manifestação expressa; contudo não sua definição.

O silêncio do legislador foi proposital pois, não obstante ser temerária toda definição legal, referido conceito já encontra assento em outros ramos do direito, como delimitação doutrinária e jurisprudencial.

Fazendo-se um apanhado nas leis do que seja **regime** de trabalho em **dedicação exclusiva**, sobretudo da Lei nº 4.345, de 26 de junho de 1964⁴, regulamentada pelo Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987⁵, que positivou (introduziu) esse regime na legislação brasileira; Lei nº 5.539, de 27 de novembro de 1968⁶; Lei nº. 11.776, de 17 de setembro de 2008; Lei nº 8.112,

⁴ "Art. 12. Considera-se regime de tempo integral o exercício da atividade funcional sob dedicação exclusiva, ficando o funcionário proibido de exercer cumulativamente **outro cargo, função ou atividade particular de caráter empregatício profissional ou pública de qualquer natureza**" (grifos nossos).

⁵ "Art. 14. O Professor da carreira do Magistério Superior será submetido a um dos seguintes regimes de trabalho: I - dedicação exclusiva, com obrigação de prestar quarenta horas semanais de trabalho em dois turnos diários completos e **impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada**" (grifos nossos).

⁶ "Art 18. Fica proibido ao docente em regime de dedicação exclusiva o exercício de qualquer outro cargo, ainda que de magistério, ou de qualquer função ou atividade remunerada, ressalvadas as seguintes hipóteses [...]" .

de 11 de dezembro de 1990 (que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais); Lei nº 12.772, de 28 de dezembro de 2012; *et cetera*, colhe-se que o **regime de trabalho em dedicação exclusiva é vedação de acumulação de cargos ou outra atividade remunerada** (empregos *lato sensu*)⁷, ou o “**impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada**”.⁸ Outros estatutos legais dão a mesma tônica, como a “Regulamentação da Dedicação Exclusiva na Unifesp”⁹ e as “Normas para alteração e concessão do regime de trabalho dos docentes do Cefet-BA”¹⁰, que esclarecem, inclusive, que **pode haver dedicação exclusiva com jornada de trabalho de 20 horas**, haja visto que **regime de trabalho** nada tem haver com **carga horária**, como se verá a seguir.

⁷ “Art. 19. Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)

§ 1º O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime **de integral dedicação** ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)”

“Art. 120. O servidor vinculado ao regime desta Lei, que acumular licitamente dois cargos efetivos, quando investido em cargo de provimento em comissão, ficará afastado de ambos os cargos efetivos, salvo na hipótese em que houver compatibilidade de horário e local com o exercício de um deles, declarada pelas autoridades máximas dos órgãos ou entidades envolvidos (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97).”

⁸ “Art. 6º É de 40 (quarenta) horas semanais a carga horária de trabalho dos titulares dos cargos integrantes do Plano de Carreiras e Cargos da ABIN, ressalvadas as hipóteses amparadas em legislação específica.

§ 1º Aos titulares dos cargos integrantes das Carreiras de que tratam as alíneas a dos incisos I e II do caput do art. 2º desta Lei aplica-se o **regime de dedicação exclusiva, com o impedimento do exercício de outra atividade remunerada, pública ou privada**” (grifos nossos).

⁹ “A Dedicação Exclusiva pressupõe que neste regime de trabalho os docentes não podem ter outros vínculos empregatícios.” (Vide site: http://www.unifesp.br/reitoria/orgaos/conselhos/consu/documents/regulament_de_unifesp.doc).

¹⁰ “**Art. 1º** De acordo com os Artigos 14 e 15 do capítulo V do anexo ao Decreto nº 94.664, de 23 de julho de 1987 – Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, o docente do CEFET-BA, do quadro permanente, estará submetido a um dos seguintes regimes de trabalho:

I – vinte horas (20h);

II - quarenta horas (40h);

Aliás, a CEF, em seus normativos internos (AE, RH etc.), ao se referir à “dedicação exclusiva”, o faz no sentido de abdicação de toda e qualquer outra atividade que não aquela exercida com exclusividade¹¹, sendo que referidos normativos internos possuem “excepcional importância”, como esclarece Russomano (1990, p. 391), “porque essas normas *aderem* às cláusulas contratuais”.

III - dedicação exclusiva (DE).

§ 1º [...]

§ 2º O docente, que solicitar mudança para o regime de dedicação exclusiva (DE), deverá assinar declaração de vínculo de trabalho exclusivo com o CEFET-BA.

§ 3º O docente, que possuir outro vínculo empregatício e solicitar sua inclusão no regime de dedicação exclusiva, deverá assinar declaração, comprometendo-se a se desvincular da outra atividade, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, após a aprovação da sua solicitação, cuja análise deverá ocorrer no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da data de entrada do seu requerimento.

§ 4º No regime de dedicação exclusiva (DE) admitir-se-á:

- a) participação em órgãos de deliberação coletiva relacionada com as funções de ensino ou pesquisa;
- b) participação em bancas examinadoras, comissões julgadoras ou verificadoras, relacionadas com o ensino a pesquisa e a extensão;
- c) percepção de direitos autorais ou correlatos;
- d) participação em atividades inerentes ao exercício de direção, assessoramento, chefia, coordenação e assistência na própria instituição, além de outras previstas na legislação vigente.

Art. 6º Poderá ser concedida a alteração de **regime de trabalho** de um docente, lotado no quadro permanente, **com tempo integral de 40** (quarenta) horas semanais de trabalho ou **com dedicação exclusiva para o tempo parcial com 20** (vinte) horas semanais de trabalho, ou **com dedicação exclusiva para o tempo de 40** (quarenta) horas semanais de trabalho, quando forem satisfeitas todas as condições abaixo indicadas:

[...] (grifos nossos) (vide site: http://www.cefetba.br/informativo/resolucao/Normas_Regime_Trabalho.pdf).

¹¹ AE 029 007 (atividades jurídicas - assistente de perícia em processo judicial). Item 4.1.4.1 Se a complexidade do caso exigir dedicação exclusiva, o empregado pode ser destacado para prestar serviços na unidade jurídica. RH 105 006 (capacitação de empregados para o exercício da atividade de gratificação de caixa) item 3.3.3.1 Os empregados habilitados no Treinamento Presencial estão aptos a participar do Treinamento em Serviço, a ser realizado no PV de lotação, com dedicação exclusiva do candidato, de forma integral e ininterrupta.

De se pôr em relevo, que o RH 053, crismado de “REGULAMENTO DE PESSOAL”, é silente no tocante à dedicação exclusiva. Contudo assevera que a duração normal do trabalho é de 6 horas diárias (item 5.1.1), sendo motivo de justa causa da rescisão do contrato de trabalho a “acumulação remunerada de cargos, quando expressamente proibida” (item 11.3.1.1.16).

A doutrina, secundada pela jurisprudência, vem dando os seguintes conceitos:

O adicional de **dedicação plena** tem natureza similar à do de **tempo integral**, visto que ambos resultam de **regimes especiais de trabalho**, exigidos por determinadas atividades do magistério e pesquisa, próprias das Universidades e Institutos científicos.

A diferença entre o **regime de tempo integral** e o de **dedicação plena** está em que, naquele, o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que, neste (regime de dedicação plena), o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função em qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatível com o da dedicação plena. No regime de tempo integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um, desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime. Exemplificando: o professor em regime de tempo integral só poderá exercer as atividades do cargo e nenhuma outra atividade profissional pública ou particular; o advogado em regime de dedicação plena só poderá exercer a Advocacia para a Administração da qual é servidor, mas poderá desempenhar a atividade de magistério ou qualquer outra para a Administração (acumulação de cargos) ou para particulares (MEIRELLES, 2003, p. 463-464, grifos nossos).

Esse adicional pode ser de **tempo integral** (regime em que o servidor fica inteiramente à disposição da pessoa a que se liga e proibido de exercer qualquer outra atividade pública ou privada), de **dedicação plena** (regime em que o servidor desempenha suas atribuições exclusivamente à pessoa pública a que se vincula, sem estar impedido de desempenhar outras em entidade pública ou privada, diversas das que desempenha para a pessoa pública em regime de dedicação plena) e de nível universitário (desempenho de atribuições que exige um conhecimento especializado. só alcançado pelos detentores de títulos universitários) (GASPARINI, 2003, p. 208, grifos nossos).

O STJ também sobre o tema já se manifestou:

a gratificação de dedicação exclusiva, que consubstancia uma vantagem ex facto officii, decorrente do desempenho de certos cargos ou funções

*que exigem regime especial de trabalho, em razão da peculiaridade do serviço, a ser prestado segundo o modelo de **full-time americano**, enquadrando-se no tipo vantagem **pro labore faciendo ou propter laborem** (STJ – 3ª Seção, EREsp 235916 / AL DJ 05.05.2003 p. 220. Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, RSTJ vol. 171 p. 384).*

Por fim, traz-se à baila o entendimento do STF: “é ilegal a acumulação dos cargos quando ambos estão submetidos ao regime de 40 horas semanais e um deles exige dedicação exclusiva” (MS 26.085, Min. Cármel Lúcia, Plenário, DJe 13.6.2008).

De tudo até aqui visto, percebe-se que o regime de trabalho em dedicação exclusiva impõe ao empregado **a restrição de ter outro emprego (público ou privado)**, isto é, não lhe permite ter outra relação contratual de trabalho além da única fixada com o empregador que impõe a dedicação exclusiva; jamais o regime de trabalho em dedicação exclusiva implica fixar jornada de trabalho: o primeiro não implica o outro, como o segundo não implica o primeiro; são institutos completamente diferentes e ininfluenciáveis, não havendo imbricação de um sobre o outro; nem “complementaridade” ou “acessoriedade”. Jornada não é regime; jornada é tempo, o outro é negócio jurídico (limitação); jornada é variável (pode ser um, dois etc.), regime é exato e peremptório. Um e outro podem até coincidir, contudo não são semelhantes. Dedicação exclusiva jamais será jornada de trabalho; pode até conter jornada de trabalho de oito horas; mas confundir o contido com o continente é alargar as esferas de um e de outro indevidamente.

Em face ao que foi exposto decorre a primeira máxima: regime de trabalho em dedicação exclusiva é limitação contratual ao exercício de outra atividade (emprego *lato sensu*), sendo que nada tem a haver com jornada de trabalho.

1.2 Dedicação exclusiva. Presunção e realidade fática

O direito brasileiro de base eminentemente contratualista no tangente às relações de trabalho (RUSSOMANO, 1990, p. 388) não veda a acumulação de empregos em mais de um empregador, **salvo [exceção]** se ocorrer a figura da justa causa de concorrência desleal ou ilícita¹², ou se isso for expressamente clausulado, já que excepcional.

¹² Daí a vedação estatutária da OAB de o advogado promover causas contrárias ao seu empregador, salvo quando em causa própria.

Por outro lado, é de notório conhecimento que a atividade da advocacia caminha para a **virtualidade**, isto é, que os *meios* eletrônicos de transferências de dados sejam cada vez mais utilizados como *meio* em que a atividade jurídica seja desenvolvida, bastando para a constatação dessa realidade se verificar o uso massivo da *internet* e da própria realidade já instaurada do *processo eletrônico* (*e-proc*), *processo virtual* (*Proví*) ou *processo judicial eletrônico* (*Pje*). A própria legislação pátria já reconhece essa realidade, bastando consultar-se o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16.03.2015)¹³ e outras leis (v.g.: Lei nº 9.800/99 - peticionamento eletrônico; Lei nº 11.419/2006 - processo virtual; Portaria Nº GP/CR 991/2008 – peticionamento eletrônico na Justiça do Trabalho de SC; Instrução Normativa TST nº 30/2007 – processo virtual na Justiça do Trabalho; Resolução 46/2007 do CNJ *et cetera*).

Tal **virtualidade**, como curial, permite ao advogado exercer seu mister em diversos *locais* sem necessidade de estar *fisicamente* (*in corpus*) presente neles (cresce o movimento do *home office*¹⁴), ou seja, a **densidade espacial** foi completamente arrostanda e dissipada pela **virtualidade**, não havendo mais a necessidade de fixação física de um indivíduo a um determinado centro espacialmente definido e determinado: o **locus** individual está aberto a multiplicidades.

Por outro flanco, a **virtualidade** transpõe o próprio aspecto da **temporalidade** das relações sociais. A **virtualidade** não só transformou os fatos da vida em *on-line* como permitiu sua desconexão com o tempo *cartesiano*, ou seja, passado-presente-futuro foram *relativizados*.

Em face ao que foi exposto decorre que a **virtualidade** deu ao trabalhador, em especial ao advogado que exerce atividade intelectual preponderante, o **poder da ubiquidade**, este no sentido de transposição temporal e espacial.

Seria aqui ocioso se discorrer sobre o fenômeno da “**virtualização**” da vida com seu reflexo na **ubiquidade** suprareferida. Tais aspectos são da alçada da sociologia e antropologia, havendo diversos artigos e obras já publicadas sobre o assunto, às quais se remete. De outro tanto, face à **virtualidade** se refle-

¹³ Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.”

¹⁴ *Verbi gratia*, Provimento Conjunto nº 05/2015, que regulamenta o teletrabalho (*home office*) no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

tir na própria realidade dos atores do Judiciário, mais ainda torna-se supérfluo qualquer aprofundamento.¹⁵

Com fundamento no exposto se evidencia que, mesmo se o horário de trabalho gerasse uma *presunção* (e essa presunção só pode ser considerada *iuris tantum*) de impedimento de **exercício físico** (*exercício virtual*) de outro mister de advocacia, a realidade imposta pelas atuais exigências da vida acrescidas das novas tecnologias desacreditaria tal *presunção*.

Não é presunçoso se asseverar que a nova realidade da *virtualidade* permitiu ao advogado se tornar ainda mais ausente (fisicamente) nos foros e repartições públicas, já que as demandas necessárias à provocação jurisdicional e ao impulso processual podem ser feitas, todas, pela *internet*, desde solicitação de custas, pagamentos bancários, intimações ("push"), até peticionamento, bastando ao advogado encaminhar, por *e-mail*, suas petições, ou inseri-las dentro da própria virtualidade do processo eletrônico (*e-proc, provi, pje*). Mesmo àqueles atos judiciais que demandariam ainda a presença (*in corpus*) do advogado (v.g. audiências), o mesmo pode se fazer substituir por subalternos ou colegas de escritório, tanto mais que o exercício da advocacia se coletiviza para aumentar a área de abrangência. Tais fatos são tão corriqueiros que ulula a desnecessidade de aprofundamento, já que o evidente da vida não requer demonstração.

Por outro lado, é cediço que os advogados militantes têm carga horária excedente a 12 horas diárias. Aliás, como esclarece Moraes Filho (1971, p. 253/254), a "acumulação de empregos em mais de um empregador" vem a ser a regra, posto que "acaba o empregado por auferir dois ou mais pagamentos, não repousando nunca, pois muitas vezes (como nos trabalhos de fins de semana) é exatamente durante os possíveis repousos, que deviam ser obrigatórios (como o são para os empregadores, como pagamento), que êles trabalham".

E bem se diga que a essa realidade de carga horária elastecida não é estranha aos juízes que labutam, igualmente, em carga horária muito superior às oito horas ordinárias (no sentido de comum).

Referido último argumento espelha, de forma irretocável, a realidade socioeconômica do país, que, por conseguinte, afasta por completo o aspecto *fático-provável* (a elementar de *presun-*

¹⁵ Em 27.02.09, estampado na primeira página, o jornal *Valor* já registrava o crescente e irreversível fenômeno da transmissão de dados por telefone gerador da mobilidade do indivíduo em seus afazeres, pondo como título a "ubiquidade ao alcance da mão" (<http://www.valoronline.com.br>, acessado em 27.02.09).

ção¹⁶) contido na interpretação restritiva de que restaria impossibilitada outra jornada, quando fixada a jornada de oito horas, extraíndo disso a presunção de "dedicação exclusiva". A vida trai essa "impossibilidade": quantos advogados não exercem seu mister a mais de um empregador redigindo suas peças em horários noturnos em seus escritórios, ou mesmo no sacrossanto recinto de seus lares, com sacrifício de seus finais de semanas, para fazer frente às despesas familiares, face aos baixos salários e à sempre premência da família?

Fechar os olhos a essa realidade é fechar os olhos à própria Justiça e Direito, tendo em vista que estes não se afastam do mundo fático em que estão inseridos e do qual dimanam.

Aliás, essas novas realidades da vida, principalmente as novas tecnologias que criam uma nova relação de trabalho e um novo homem em sociedade, inclusive uma nova lei processual, fazem rediviva a asserção de Josserand (1950, p. 449, grifo nosso), forte em Matter, de que "os tempos seculares estão caducados, e os juristas, fieis que sejam à tradição, devem, nas horas em que vivemos, ver melhor em seu derredor do que olhar para atrás; devem viver com sua época, se não querem que esta viva sem eles".

E face a esta nova época, ancha de *virtualidades*, não se pode mais conceber limitações temporais e, menos ainda, se extractar presunções traídas pelas próprias realidades das quais dimanam.

Aliás, a presunção de dedicação exclusiva aportada nos arestos de nítida feição conservadora não pode contrariar a prova provada de exercício de idêntica atividade a outra(s) pessoa(s).

Com efeito, a presunção só vai até onde não haja a prova em contrário, isto é, vai até onde não haja a realidade solar que afasta a sombra da presunção.

Para infirmar referida presunção basta ao advogado carrear o rol de ações e de clientes que possui, cuja prova demonstrará exercer atividade simultânea à prestada à CEF.

Disso se retira a segunda máxima: **jornada de trabalho de oito horas não impede o exercício de outra, ou igual, atividade, sendo expungida a elementar fático-provável da presunção em contrário.**

¹⁶ Como cediço, "presunção é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa" (DINAMARCO, 2002, p. 113).

1.3 Dedição exclusiva presumida. Impossibilidade. Exegese *contra legem*: contrato individual de trabalho solene

A par da questão fática supra, importante abordar o seguinte.

A CEF é empresa pública jungida à Lei 8.666/93 (cfr. art. 1º). Isso implica que a CEF está mergulhada em regime jurídico distinto ao dos bancos particulares comuns, sendo que, em razão do artigo 60 da Lei de Licitações, seus contratos individuais de trabalho, como seus aditivos, são **solenes**, isto é, deverão ser documentados, sob pena de nulidade absoluta (*ad substantiam*) (JUSTEN FILHO, 1996, p. 380-382), razão pela qual não tem passagem o artigo 443 da CLT, naquilo que franqueia o contrato individual de trabalho verbal (ou modificação deste), face à regra imperiosa contida no artigo 60 da Lei 8.666/93.

Por sua vez, como lembra Silva (1963, p. 480), a manifestação de vontade na hipótese de obediência a uma solenidade “fica adstrita à regra: *forma dat esse rei*”. Trabucchi (1966, p. 169-170) esclarece melhor o ponto: “quando a forma é demandada *ad substantiam*, a vontade manifestada em modo diverso é como se não existisse: a forma, aquela determinada forma, é insubstiuível pela manifestação da vontade (*forma dat esse rei*)”.

Em mesmo sentido é o magistério, por exemplo, de Demogue (1923), Planiol, Ripert e Esmein (1940) e Pineau, Burman e Gaudet (2001), entre outros.

Em face do que foi exposto se retira a terceira máxima: **os contratos individuais de trabalho, bem como seus aditivos, firmados pela CEF e seus empregados, são atos formais e solenes, sendo, por conta disto, vedada a manifestação de vontade tácita (ou presumida) nos contratos individuais de trabalho.**

1.4 Dedição exclusiva presumida. Impossibilidade. Exegese *contra legem*: definição de manifestação de vontade tácita, ou presumida x expressa.

Os termos “manifestação de vontade tácita” (ou presumida) e “manifestação expressa” são objeto de inúmeros equívocos pela doutrina, como destacam, entre outros, Gomes (1986, p. 254), Enneccerus e Nipperdey (1944, p. 111), Albaladejo (2004, p. 593), e, consequentemente, pela jurisprudência¹⁷, face, inclusive, à falta de técnica com que são empregados na própria lei

¹⁷ Demogue (1923, p. 279 et seq.) dá inúmeros exemplos dessa imprecisão, não obstante não esclarecer o ponto.

civil brasileira, que ora os aplica, para **tácita**, como “uma declaração de vontade posta a claro pela interpretação”, “vontade presumida (condição declarada tacitamente)”, “a vontade deduzida das circunstâncias (indícios)”, “vontade declarada indiretamente” (ENNECCERUS; NIPPERDEY, 1944); e, para **expressa**, como “senão que *não há de ser presumida*”, “vontade que se conste efetivamente ou *realmente* (de verdade, sem gênero de dúvida) ou de uma maneira clara ou manifesta ou segura ou certa ou evidente”, ou que a declaração (para o ponto que se pede que seja expressa) contenha *especificado* o extremo de que se trate, ou o manifeste *explicitamente* etc” (ALBALADEJO (2004), impedindo de se ter certeza quanto a qual dos dois critérios foi adotado (objetivo ou subjetivo).¹⁸

A despeito desses equívocos e do embate doutrinário por uma corrente ou outra (objetiva ou subjetiva), pode-se dizer que “manifestação de vontade tácita” é a que se deduz, se dessume, se infere, se retira de uma ilação sobre um outro negócio (*facta concludentia*) e, ao contrário, “manifestação expressa” é a que se traduz diretamente do negócio, conforme magistérios de Pontes de Miranda (2000, t. III, p. 30-33), Gomes (1986, p. 254), Silva Pereira (2000, vol. I, p. 308), Salvo Venosa (2005, vol. 1, p. 398), Albaladejo (2004, p. 593), Betti (2003, t. I, p. 184), Bianca (2000, p. 209), Galgano (1999, vol II, t. I, p. 165-166), Messineo (1979, t. II, § 37), Ruggiero (1999, , vol. I, § 26), Trabucchi (1966, p. 168), Carbonnier (1957, t. II, 2^a parte, p. 335), Planiol, Ripert e Esmein (1940, t. 6, nº 113), Ripert e Boulanger (s.d., t. IV, vol. I, nº 141), Enneccerus e Nipperdey (1944, p. 111), Von Tuhr (1947, p. 139-140), Flume (1998, p. 92) *et cetera*.

Em face ao que foi exposto decorre que, quando a lei requerer uma **manifestação expressa** (EOAB art. 20), ou mesmo quando **impõe um ato solene** (Lei 8.666/90, art. 60), afastada pela própria lei estará toda e qualquer ilação, dedução ou *presunção*, sendo que referida proibição se dirige ao primeiro exegeta da lei e dos fatos por ela tutelados: o *togado*. Não pode o juiz retirar ilações, deduzir etc. quando a lei atalha-lhe essa possibilidade.

Aliás, conforme posto em doutrina universal, somente é admissível considerar uma **declaração indireta (tácita)** “quan-

¹⁸ Cfr. no Código Civil os seguintes artigos: 107, 111, 136, 171, 173, 174, 175, 191, 212, 311, 322, 324, 347, 393, 402, 432, 448, 473, 474, 493, 496, 566, 592, 640, 659, 662, 663, 667, 671, 672, 774, 787, 801, 828, 914, 917, 963, 982, 1.019, 1.080, 1.105, 1.147, 1.152, 1.170, 1.201, 1.336, 1.378, 1.381, 1.399, 1.411, 1.421, 1.427, 1.433, 1.487, 1.578, 1.599, 1.600, 1.609, 1.642, 1.711, 1.735, 1.805, 1.806, 1.818, 1.919, 1.922, 1.935, 1.964, 1.970.

do não se exige **forma** alguma para a declaração de vontade e a lei não exige que a declaração seja expressa" (ENNECCERUS; NIPPERDEY, 1944, p. 112¹⁹); se se exige uma forma ou declaração expressa, evidentemente que não se pode **inferir** absolutamente nada. A ilação, ou dedução de algo das circunstâncias ou de um ato (manifestação tácita), está peremptoriamente vedada (BIANCA, 2000, p. 289), pois, como esclarece Messineo (1979, p. 361), a própria lei excluiu outra forma, sendo esse também o magistério, por exemplo, de Ruggiero (1999, p. 325).

Carbognier (1957, p. 335) é categórico em afirmar que, quando "a lei exige que certas manifestações de vontade sejam expressas ou *formais*", "**descartada está a eficácia de uma vontade tácita**".

Aqui ressoa o antigo adágio lembrado por Silva (1963, p. 664, grifos nossos): "*expressum ubi requiritur, non sufficit tacitum, neque praesumptum, quando se estabelece o expresso não valem nem o tácito nem o presumido*".

Essa vedação dimana da própria **etiologia** legal da imposição da **forma expressa da manifestação**, como recordam Ripert e Boulanger, a qual se consubstancia em chamar a atenção das partes sobre a importância do compromisso (RIPERT-BOULANGER, s.d., p. 104), ou, como diz Flume (1998, p. 59), quando se impõe uma redução de direito, ou aplicação de uma exceção prevista em lei, "maiores exigências de claridade há que impor à declaração e, por conseguinte, tanto mais necessária é uma declaração expressa".

Nesse sentido, chega-se à quarta máxima: **quando a lei exige manifestação expressa, proibido está reconhecer a manifestação de vontade pela forma tácita**.

1.5 Dedição exclusiva presumida. Impossibilidade. Exegese *contra legem*: regras de interpretação

Dentre as máximas de hermenêutica, importante se trazer do oblívio aquela que determina que **toda exceção deve ser**

¹⁹ Em igual sentido, Bianca (2000, p. 210), Galgano (1999, p. 167) e Silva Pereira (2000): "Para o direito, tem eficácia a manifestação tácita de vontade, tanto quanto a expressa, **salvo nos casos em que a lei exige por este última forma**" (PEREIRA, 2000). Em mesmas palavras, Salvo Venosa (2005, p. 398, grifos nossos): "tanto a manifestação expressa quanto a manifestação tácita de vontade têm valor para o ordenamento, **salvo nos casos em que a lei especificamente exige a forma expressa**".

interpretada restritivamente (MAXIMILIANO, 1980, p. 197/205), não podendo o intérprete alargar o campo da restrição da norma, para restringir ainda mais o direito assegurando em outro comando legal, *id est*: se a lei estipula que a jornada de trabalho é de quatro horas e fixa, para se restringir esse direito, como necessário que as partes estabeleçam um regime de trabalho em “dedicação exclusiva” (art. 20 EOAB), e se o Regulamento de referida lei impõe, para se dar a hipótese de dedicação exclusiva, a **expressa** (formal) previsão no contrato individual de trabalho (ou na letra do regulamento: “**expressamente previsto** em contrato individual de trabalho”), não pode o intérprete, à falta de tal estipulação formal – no silêncio do contrato –, subtrair o direito às quatro horas. Muito menos ainda, para se aumentar o campo de restrição, pode **presumir** que as partes assim decidiram, já que vedada está a possibilidade de se presumir aquilo que a lei exige como expresso.

Não se deve ter em dúvida o caráter excepcional e restringente do regime de trabalho em dedicação exclusiva, pois do seu contrário emana toda a sua essência: permite ao empregado a realização de outros trabalhos, e, no caso do advogado, permite-lhe ter outros clientes além daqueles impostos por seu empregador. Sendo essa a regra (vide MORAES FILHO, 1971), até mesmo por sectária ao preceito constitucional (art. 5º, XIII²⁰, CF/88), resta evidente que o excepcional regime vem a restringir não só o direito-regra contido no artigo 20, *caput*, primeira parte do EOAB, como o próprio comando constitucional referido.

Assoma-se agora a quinta máxima: **toda regra que impõe uma restrição de direito não pode ser ampliada, ou seja, deve ser interpretada restritivamente**.

2 Dedição exclusiva e carga horária

No tangente ao outro argumento utilizado pelo TST de que, segundo o regulamento do EOAB, o regime de trabalho em dedicação exclusiva seria a carga horária de oito horas, vale aqui alinhado o equívoco de tal interpretação.

Com efeito, “em geral, a função do juiz, quanto aos textos, é dilatar, completar e compreender; **porém não alterar, corrigir, substituir**” (MAXIMILIANO, 1980, p. 79-81, grifos nossos). E, parafraseando o saudoso hermeneuta, não pode o juiz negar a lei, decidindo de forma contrária ao que ela estabelece. O juiz

²⁰ “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”.

não cria: reconhece o que existe; não formula: descobre o que está escondido; tudo procura achar e resolver **com a lei**; não deve inventar coisa alguma.

Como já afirmado pelo Tribunal Estadual Mineiro: “não pode o julgador - cuja tarefa primeira é aplicar a norma posta, e não criá-la - ignorar tais limites e buscar, como se fora onipotente, tutelar um suposto direito, ao arrepio da lei”.

E, verificando-se o conteúdo do Regulamento do EOAB, e mesmo os institutos legais a que se refere (regime de trabalho em dedicação exclusiva exigente de forma expressa; jornada de trabalho), percebe-se que o embaralhamento dos dois, definindo um pelo outro de forma tautológica (dedicação exclusiva é jornada de trabalho de oito horas, e toda jornada de trabalho de oito horas é regime em dedicação exclusiva), viola o próprio texto legal, além da própria substância dos institutos legais em apreço, aniquilando um pela pseudoigualdade, para que o outro impere, tudo para que, de forma *indutiva, presumida, inferida*, se reduza (exceção) o direito (regra).

Tal disciplina é cabalmente ilegal, já que viola a essência da própria lei, negando-a. E, como curial, a interpretação não pode servir para negar a própria norma. *Dedicação exclusiva* jamais será *jornada de trabalho*; pode até conter jornada de trabalho de oito horas; mas confundir o contido com o contínuo é alargar as esferas indevidamente, como já ponderado anteriormente.

Desnecessário voltar à carga ao conceito do que seja “regime de trabalho em dedicação exclusiva. Contudo, face ao entendimento dado pelo TST ao Regulamento do EOAB, notadamente ao § único, do artigo 12, de que jornada de oito horas implica regime de trabalho em dedicação exclusiva, vale se dizer novamente que o regime de trabalho em dedicação exclusiva é restrição em se ter outro emprego, outra relação de trabalho.

Seria ocioso dizer que “onde lei distingue, não pode o intérprete [deixar de] não distinguir” (*Ubi lex distinguit nec nos distinguere non debemus*), sendo que se deve restringir o odioso, e somente ampliar o favorável (*odiosa restrigenda, favorabilia amplianda*), acrescentando-se o **princípio da interpretação mais favorável ao trabalhador**, máxime no que toca ao princípio protetor do *indubio pro operario*.

Oportuno se ponderar, que o parágrafo único do artigo 12 do regulamento suprarreferido disciplina o que a Constituição Federal já havia garantido, ou seja, se uma vez **expressamente** pactuado o regime de trabalho de dedicação exclusiva, ainda

assim, o que exceder as oito horas trabalhadas, estas horas excedentes serão consideradas extraordinárias, já que, em regime de dedicação exclusiva, o fator tempo não é considerado normalmente: pode ele ser de cinco, seis etc; o que requer é o *full time* americano; o que importa é a aplicação integral, exclusiva, única, do trabalhador à atividade coordenada pelo empregador, dedicando todo seu tempo (e não uma parcela) àquela atividade. E foi para deixar extreme de dúvidas que o Regulamento da EOAB aclarou que, mesmo no caso de dedicação exclusiva, o que excedesse as oito horas diárias seria tido como extraordinário, não podendo considerar a dedicação exclusiva como cargo de confiança ou outra patente legal que excepcionasse a regra constitucional da sobrejornada. Esse é o conteúdo do parágrafo único sob comento.

Disso deflui a sexta máxima: **mesmo no regime de dedicação exclusiva, o que exceder a carga horária diária constitucionalmente prevista (oito horas) será tido como hora extra.**

3 Antinomia real, concreta e absoluta entre os fundamentos exegéticos do TST

Há inofismável *contradictio in adjecto* no fundamento do entendimento dado pelo TST aos dispositivos supra, face considerar a dedicação exclusiva presumida da carga horária de oito horas e, ao mesmo tempo, dizer que a lei considerou dedicação exclusiva a carga horária de oito horas. Não pode, por amor à lógica, haver a coexistência das duas sentenças, pois ou a lei permite a presunção de algo, ou este algo é expresso na lei. Presunção e Expresso se anulam. São diametralmente opostos entre si. Disso defluiu a fragilidade do raciocínio criticado, pois o mesmo se utiliza de antagônicos, de antinônicos reais, concretos e absolutos, para elaboração de seu silogismo, que evidentemente é falso.

4 Interpretações favoráveis

Não obstante o até aqui explanado, vale se trazer à baila os entendimentos jurisprudenciais que embasam os argumentos supra.

RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. ARTIGO 20, DA LEI 8.906/94. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. Admitido o recurso de revista pelo reconhecimento de divergência jurisprudencial e violação do artigo 20, da Lei 8.906/94 e divergência jurisprudencial, mister dar-lhe provimento para determinar o pagamento

das horas extraordinárias a partir da quarta diária, com reflexos, observados os períodos em que não há previsão expressa em norma coletiva. Recurso conhecido e provido. (Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-63.912/2002-900-03-00.0, em que é Recorrente ANITA PEREIRA DO CARMO e Recorrida CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF). (TST-RR-63.912/2002-900-03-00.0, 2ª Turma DJ - 06/05/2005, rel. Convocado LUIZ CARLOS GOMES GODOI).

Do aresto supra se colhe a seguinte lição:

HORAS EXTRAS. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 20 DA LEI 8.906/94 E DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. [...]

O Tribunal do Trabalho de origem manteve a sentença primária que indeferiu o pedido de horas extras, por meio do acórdão de fls.497/503, mediante os seguintes fundamentos: [...]

Como visto, a teor do artigo 20 da referida lei, excepciona o direito vindicado, à dedicação exclusiva.

Para se apreender o correto conceito da expressão “dedicação exclusiva”, esclareça-se que a figura, própria do Direito Administrativo, significa que o funcionário a ela obrigado fica inserido no regime de tempo integral, proibido de exercer cumulativamente outro cargo, função, emprego ou atividade particular, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

[...] Nesse compasso, não faz jus a reclamante às horas pleiteadas ao duplo fundamento: seja diante da existência de Acordo Coletivo, pactuando a jornada de trabalho e forma de pagamento das horas extras, até 1º de julho de 1998 (fl. 34), seja porque configurada a hipótese de dedicação exclusiva, durante todo o contrato de trabalho. (fls. 498/502).

Quanto à divergência jurisprudencial o recurso de revista não alcança conhecimento em relação ao aresto reproduzido às fls. 567/569 uma vez que é proveniente da 5ª Turma desta Corte Superior e, assim, não preenche o requisito estabelecido pelo artigo 896, “a”, da CLT.

Entretanto, o acórdão paradigma, de fls. 565/566, trata da mesma realidade fática, com decisão conflitante.

Com efeito, defende o Regional de origem a tese de que o regime de dedicação exclusiva, ensejador da

exceção da jornada de 4 horas prevista no artigo 20, da Lei 8.906/94 é decorrente, “in casu”, da jornada efetivamente laborada pelo advogado-empregado.

Já o acórdão paradigmático defende a tese de que a dedicação exclusiva só se caracteriza mediante a estipulação expressa no contrato de trabalho do advogado-empregado. Caracterizada a divergência jurisprudencial, neste aspecto, o recurso de revista merece ser conhecido.

Por outro lado, infere-se dos fundamentos do acórdão Regional, como já mencionado, que o Tribunal do Trabalho entendeu que o regime de dedicação exclusiva do advogado-bancário se caracteriza pela jornada de trabalho efetivamente cumprida, superior a quatro horas diárias, motivo pelo qual deixou de aplicar a regra contida no artigo 20, da Lei 8.906/94, indeferindo as horas extraordinárias postuladas.

Ocorre, todavia, que a dedicação exclusiva prevista no artigo 20 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil caracteriza-se pela pactuação expressa no contrato de trabalho ou em norma coletiva, o que não ocorreu na hipótese.

Com efeito, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, estabelece no artigo 20º que:

“A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.”

Outrossim, constata-se pelos próprios fundamentos do acórdão Regional, que não foi estipulado no contrato individual de trabalho da Reclamante, o regime de “dedicação exclusiva”, cujo conceito, extraído do artigo 12, § 1º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia, foi expressamente referido na fundamentação do acórdão Regional (fls. 501).

Também faz parte da fundamentação do acórdão Regional o fato de que as normas coletivas que estabeleceram a duração do trabalho de seis horas diárias tiveram vigência até 01/07/98, e, assim, não abrangem todo o período de prestação de serviços (fls. 499). Como consabido, as normas coletivas têm força de lei, por determinação do artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, assim, no período de vigência das normas coletivas está excepcionado o trabalho extraordinário, segundo o artigo 20º, da Lei 8.906/94.

Tratando-se de jornada especial para a categoria dos advogados e de norma mais benéfica à empregada, **estabelecida por meio de lei cogente e imperiosa**, é certo que tem aplicação imediata aos contratos

de trabalho em curso. Por isso, tenho que o acórdão Regional **violou de forma direta e literal o artigo 20º, da Lei 8.906/94**, ensejando o conhecimento do recurso de revista por força do contido na alínea “c”, do artigo 896, da CLT.

Em outro acórdão do TST, não obstante não ter sido admitido o recurso interposto pelo banco, foi proferida tese de que a dedicação exclusiva há de ser expressa em contrato de trabalho, não podendo presumi-la de carga horária:

PROC: AIRR - 1360/2001-004-08-00
PUBLICAÇÃO: DJ - 21/09/2007
ACÓRDÃO
3ª Turma
AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. PRELIMINAR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. [...]. 2. HORAS EXTRAS. ADVOGADO INEXISTÊNCIA DE REGIME DE DEDICAÇÃO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÕES LEGAIS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADA. Impossível o processamento do recurso de revista, quando os fundamentos de fato e de direito que suportam o julgado não permitem concluir pela ocorrência das violações legais manejadas pela parte e, ainda, quando os paradigmas colacionados não demonstrarem a identidade de premissas, a despeito de resultados diferentes, revelando-se inespecíficos, na diretriz da Súmula 296, I, do TST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.
Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-1360/2001-004-08-00.0, em que é Agravante BANCO BRADESCO S.A. e Agravado SOLON COUTO RODRIGUES FILHO.

O TRT-PR (9ª Região), esposando entendimento de que a dedicação exclusiva há de ser expressa, não podendo presumir a carga horária, houve por deferir pedido de advogado empregado na CEF, declarando como extraordinárias as horas cumpridas após a 4ª diária (3ª T., RO nº 01159-2005-019-09-00-0, rel. Juiz Célio Horst Waldraff, aresto nº 33446/2006, publicado em 24.11.2006).

Também do TRT/PR, faz-se referência aos seguintes julgados:

TRT-PR-01-10-2004 Advogado empregado. Dedicação exclusiva. Se não demonstrada a existência de qualquer referência expressa formalizando a adoção da dedicação exclusiva-que, se não exigível antes de 04 de julho de 1994, tornou-se necessária a partir da Lei nº 8.906-94-pela excepcionalidade que caracteriza, tem o advo-

gado-empregado direito a receber como extra o tempo trabalhado além de quatro horas diárias. Privatização. Inalterabilidade das vantagens contratuais anteriores. Reintegração. Se ao tempo da admissão o empregador original integrava a administração pública, estando assegurado a seus empregados que somente mediante motivação seria lícito o despedimento, configurada está a limitação ao poder potestativo de despedir (artigo 448-CLT), que permanece inerente ao contrato de trabalho, mesmo após privatização.(TRT-PR-03928-2002-651-09-00-9-ACO-21717-2004; Relator LUIZ EDUARDO GUNTHER; Publicado no DJPR em 01-10-2004)

TRT-PR-06-02-2004 ADVOGADO EMPREGADO-JORNADA-HONORÁRIOS. 1 - A jornada em dedicação exclusiva para o advogado empregado constitui exceção à regra geral, prevista no art. 20 da Lei nº 8.096-94, de quatro horas diárias. Considerando que a exceção restringe direitos do empregado, não pode ser presumida, necessitando ajuste formal entre as partes. 2 - os honorários advocatícios de sucumbência, percebidos pelo advogado empregado durante o contrato de trabalho, constituem típica contraprestação pelo labor realizado, nos termos do art. 457 da CLT, pelo que devida a sua integração para todos os efeitos legais.(TRT-PR-10316-1998-008-09-00-4-ACO-02898-2004, Relator: ARION MAZURKEVIC, publicado no DJPR em 06-02-2004)

No mesmo sentido, o acórdão proferido pelo TRT-PR, 5^a T., RO 00928/2001, Rel. Juíza Eneida Cornel, acórdão nº 05325/02, e do acórdão do processo 00507-2003-026-04-00-5, relatora Ana Rosa Pareira Zago Sagrilo, julgado em 13/07/2005, cuja ementa foi assim redigida:

EMENTA: ADVOGADO – DEDICAÇÃO EXCLUSIVA - No caso em tela, não existe ajuste expresso quanto à dedicação exclusiva, conforme previsto no *Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB*. Recurso provido.

Também já decidiu o **TRT/SC**, nos autos RO-V 3500/97, ac. 2^a T nº 15651/97, publ. DJ/SC de 28/11/97, p. 172, em que foram partes RBS TV DE FLORIANÓPOLIS S/A e MARIA TERESA WIETHON DA SILVA, que:

ADVOGADO- EMPREGADO. HORAS EXTRAS. A pactuação de jornada normal de 8 horas não remanesce após a edição da Lei nº 8.904/94, garantindo-se ao advogado-empregado a percepção, como extra, do excedente da Quarta diária.

Os arestos supra são exemplificativos e servem para demonstrar que as ponderações dantes lançadas não são vazias de repercussão.

5 Adminículos

Para arremate do presente opúsculo, valem algumas questões de forte imbricação sobre a matéria supra, mas que serão tratadas sucintamente, para não se perder a objetividade querida.

5.1 Legitimização de representação sindical

Para que um acordo/convenção tenha validade e eficácia, necessário se faz que um dos firmatários represente legitimamente os substituídos/representados, sendo isso questão até intuitiva e suposta na lei (cfr. arts. 115²¹, 116²², 653²³ do Código Civil/2002).

Evidentemente que, não havendo esse laime de representação, resta **ineficaz** o acordo/convenção em relação àqueles que não são representados, não podendo o empregador obter do empregado vantagens previstas em instrumento coletivo no qual o empregado não foi representado por **órgão de classe de sua categoria**.

O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB é expresso em impor que, em relação ao “advogado empregado”,

Compete a sindicato de advogados e, na sua falta, a federação ou confederação de advogados, a representação destes nas convenções coletivas celebradas com as entidades sindicais representativas dos empregadores, nos acordos coletivos celebrados com a empresa empregadora e nos dissídios coletivos perante a Justiça do Trabalho, aplicáveis às relações de trabalho (art. 11, seção III).

Assim, *ex vi legis* supra, **somente o sindicato de advogados** e, na sua falta, a **federação ou confederação de advogados** poderiam celebrar acordos ou convenção com as entidades empregadoras, sem o que referidos acordos/convenções não são **eficazes** em relação aos advogados.

²¹ “art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado”.

²² “art. 116. A manifestação de vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado”.

²³ “art. 653. Opera-se o mandato quando **alguém recebe de outrem** poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuraçāo é o instrumento do mandato”.

Carecendo de legitimidade a CONTEC e demais sindicatos representativos dos bancários, são **ineficazes** os acordos ou convenções coletivas entre estes e a CEF firmados no tocante à categoria dos advogados. Referidos acordos ou convenções não geram efeitos jurídicos à categoria profissional diferenciada dos advogados, notadamente, de lhes impor uma carga horária excepcional.

5.2 Alegação de função de confiança

O afastamento de horas extras por pseudoexercício de **função de confiança pelo advogado empregado**: referida matéria encontra-se pacificada através da Súmula 102, V, do TST (ex-OJ 222 da SDI-1 do TST), pela qual “O advogado empregado de banco, pelo simples exercício da advocacia, não exerce cargo de confiança, não se enquadrando, portanto, na hipótese do § 2º do art. 224 da CLT”.

5.3 Exclusão legal do EOAB aos advogados de empresas públicas

Questão mais sensível é a relativa ao aspecto de que se **deve ou não ser aplicada a Lei nº 8.906/94 (EOAB) aos empregados da CEF** a partir da vigência da Medida Provisória 1.522, de 14/10/1996, convertida na Lei nº 9.527, de 10.12.97, que, em seu art. 4º, determinou a exclusão da jornada reduzida os advogados empregados de empresas públicas, *ab litteris*:

Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, **às empresas públicas** e às sociedades de economia mista.

Destaque-se que a Lei nº 9.527, de 10.12.97, notadamente o preceito suprarreduzido, vem a ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 3396-4, rel. Min. Celso Mello²⁴), provocada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aderida pela Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal (ADVOCEF) como *amici curiae*, através de despacho publicado em 05.09.2008 (DJE nº. 168).

²⁴ <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2268771>.

E, consoante melhor exegese, a restrição imposta pelo artigo 4º da Lei 9.527/97 refere-se somente às empresas públicas que exerçam atividades em regime de monopólio, o que não é o caso da CEF como curial.

Conclusão

A dedicação exclusiva, à luz de uma exegese literal, sistemática e doutrinária da lei regulamentar da atividade da advocacia, vem a ser limitação contratual ao exercício de outra atividade (emprego lato sensu) se não aquela contratada com o empregador, sendo que para ocorrer vinculação desse regime especial de trabalho se faz necessária a manifestação expressa de vontade. Não guarda qualquer ligação com “jornada de trabalho”, sendo o fator tempo considerado somente no aspecto em que integra a componente *full time* (não se dedicar - tempo - a mais ninguém e a mais nada do que àquela atividade contratada sob o especial regime de trabalho).

Toda e qualquer inferência (*facta concludentia*) de dedicação exclusiva está vedada, seja pelo cobro legal, seja por se exigir forma solene: “*expressum ubi requiritur, non sufficit tacitum, neque praesumptum, quando se estabelece o expresso não valem nem o tácito nem o presumido*”.

Assim,

(a) o *default* da *jornada de trabalho* do advogado empregado é de quatro horas;

(b) quando **expressamente** previsto em **documento/instrumento (escrito)** o especial regime de trabalho de dedicação exclusiva, pode-se pactuar outros horários de jornada de trabalho além (inclusive) do estabelecido como *default*, sem que isso implique sobrejornada;

(c) não obstante a convenção expressa da dedicação exclusiva, o limite das horas normais será sempre o de oito horas, e o que excedê-lo deverá ser pago como sobrejornada.

Essa é a interpretação legal (já que regulamentar), sistemática (Lei de Licitações) e doutrinária do artigo 20 do EOAB e de seu regulamento, sendo a exegese dada pelo TST equivocada, posto ferir os princípios exegéticos e a própria lei em si.

Referências

- ALBALADEJO, Manuel. **Derecho civil**: introducción y parte general. 16^a ed. Madrid: Edisofer, 2004.
- BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Traduzida por Ricardo Rodrigues Gama. São Paulo: LZN, 2003. t. I.
- BIANCA, Césare Massimo. **Diritto civile**: il contratto. 2^a ed. Milano: Giuffrè, 2000.
- CARBONNIER, Jean. **Droit civil**: les biens et les obligations. Paris: Presses Universitaires de France, 1957. t. II.
- DEMOGUE, René. **Traité des obligations en general**: sources des obligations. Paris: Librarie Arthur Rousseau, 1923. t. I.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. III.
- ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Tratado de Derecho Civil**: derecho civil parte general. Vertido para o espanhol por Blas Pérez González e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1944. t I, v. II.
- FLUME, Werner. **El negocio jurídico** (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft. Vierte, unveränderte Auflage Enzyklopädie der Rechts – und Staatswissenschaft). Traduzido por José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación cultural del notariado, 1998.
- GALGANO, Francesco. **Diritto civile e commerciale**: le obbligazioni e i contratti. 3^a ed. Padova: CEDAM, 1999. v. II, t. I.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 8^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 8^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 4^a ed. Rio de Janeiro: Aide, 1996.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 28^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MESSINEO, Francesco. **Manual de derecho civil y comercial**. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1979. t. II.
- MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução ao direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1971.
- PINEAU, Jean; BURMAN, Danielle; GAUDET, Serge. **Theorie des obligations**. 4^a ed. Québec: Thémis, 2001.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges. **Tratado Práctico de derecho civil francés**, com o concurso de Paul Esmein. tradução de Mario Dias Cruz e Eduardo Le Rivernd Brusone. Habana: Cultural, 1940. t. 6°.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Bookseller, 2000. t. III.
- RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil segun el tratado de Planiol**. Tradução de Delia García Daireau, com a supervisão de Jorge Joaquim Llambias. Buenos Aires: La Ley, s.d. t. IV, v. I.
- RUGGIERO, Roberto. **Instituições de direito civil**. Tradução de Paolo Capitnaio. São Paulo: Bookseller, 1999. v. I.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 13^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. I.
- SALVO VENOSA, Sílvio de. **Direito civil**: parte geral. 5^a ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963. v. II.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil**. 19^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- TRABUCCHI, Alberto. **Istituzioni di diritto civile**. 15^a ed. Padova: CEDAM, 1966.
- VON TUHR, Andreas. **Teoria general del derecho civil alemán** (Der allgemeiner teil deutschen Bürgerlichen rechts). Traduzido por Tito Ravà. Buenos Aires: Depalma, 1947.

Apontamentos sobre Regiões Metropolitanas e o Estatuto das Metrópoles

Carolina Mello Suave
Advogada em Minas Gerais

Tiago Neder Barroca
Advogado da CAIXA em Minas Gerais
Especialista em Direito Público pelo IEC/PUCMINAS

RESUMO

O presente artigo apresenta-se como breve resumo descriptivo que busca situar o leitor quanto à temática das regiões metropolitanas, previstas como instrumento de organização urbanística pouco tratado pela doutrina e que ganha relevo a partir da promulgação do Estatuto das Metrópoles. Partindo de noções não jurídicas quanto ao fenômeno, o estudo, de forma sucinta, descreve historicamente a forma como o ordenamento jurídico pátrio passou a cuidar da matéria. Desenvolvem-se considerações a respeito de sua relação com a linha de federalismo traçada pelo Constituinte, buscando então elementos para a compreensão da constitucionalidade do Estatuto das Metrópoles. Traçam-se, ademais, esclarecimentos sobre diferenças entre as Regiões Metropolitanas e outras organizações administrativas. Objetiva-se informar o leitor sobre as consequências de seu desrespeito pelos administradores públicos envolvidos nessa forma de arranjo federativo.

Palavras-chaves: Regiões Metropolitanas. Estatuto das Metrópoles. Organização urbanísticas. Federalismo.

ABSTRACT

This article presents itself as a brief descriptive summary that seeks to place the reader on the subject of the metropolitan regions, foreseen as an instrument of urban organization poorly treated by the doctrine and that gains importance since the promulgation of the Metropolis Statute. Starting from non-legal notions about the phenomenon, the study, in a succinct way, describes historically the way in which the country's legal order began to take care of matter. Considerations are developed regarding its relation with the line of federalism drawn by the

Constituent, seeking then elements for the understanding of the constitutionality of the Statute of the Metropolis. In addition, clarification is made of differences between Metropolitan Regions and other administrative organizations. The objective is to inform the reader about the consequences of its disrespect for the public administrators involved in this form of federative arrangement.

Keywords: Metropolitan Regions. Statute of the Metropolis. Urban organization. Federalism.

1 Regiões Metropolitanas: noções introdutórias

A evolução do tratamento jurídico brasileiro quanto à ordenação de seu território e dos serviços que lhe são intrínsecos ganhou relevante contribuição com o adensamento normativo do instituto das *Regiões Metropolitanas* (RM). Previstas pela primeira vez na Constituição de 1937, mas só reguladas efetivamente quando da publicação da Lei Complementar nº 14/1973, as RM passaram a contar com novo regramento a partir da Lei Federal nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015, chamada de Estatuto da Metrópole.

O Estatuto da Metrópole guarda relação, pois, com a normatização desse fenômeno sociogeográfico, as RM, cujo conceito inicialmente externo ao direito – e fruto da conjugação de dois aspectos relevantes da organização socioespacial: a alta *densidade demográfica* e a alta *taxa de urbanização* – agora se encontra apropriado pelo operador do Direito. Isso conforme art. 2º, I, V e VII do Estatuto da Metrópole, que as divisam como *unidade territorial urbana constituída pelo agrupamento de 2 (dois) ou mais Municípios limítrofes, caracterizada por complementaridade funcional e integração das dinâmicas geográficas, ambientais, políticas e socioeconômicas (aglomeração urbana), qualificada em razão de sua população e relevância política e socioeconômica, a dotar-lhe de influência nacional ou sobre uma região que configure, no mínimo, a área de influência de uma capital regional (metrópole)*.

O termo é relacionado a fenômenos como a *conurbação* (situação em que há entrelaçamento das malhas urbanas de municípios limítrofes, dificultando a distinção clara entre divisas e, mais do que isso, implicando em relação socioeconômica de interdependência acentuada). Há, também, associação à ideia de *metrópole* (situação em que um município com destaque econômico figura como eixo de desenvolvimento dos municípios limítrofes, que organizam sua economia de modo interdepen-

dente e em função desse município central), de *megalópole* (situação semelhante à da metrópole, onde, contudo, há pluralidade de municípios com acentuado destaque econômico, havendo pluralidade de polos para o desenvolvimento imbricado dos municípios limítrofes) e ao termo *megacidade* (situação em que um dado município ultrapassa a marca de 10 milhões de habitantes, em decorrência, geralmente, de um processo aceleradíssimo de urbanização) (OLIVEIRA, 1973).

E é em razão do fenômeno de conurbação, presente em metrópoles e megalópoles, que se fez conveniente a intervenção jurídica com a figura das regiões metropolitanas para a busca de meios administrativos mais eficientes e econômicos de organizar a prestação de serviços públicos de interesse local.

2 Distinção entre RM e Regiões de Desenvolvimento; e a Região Integrada de Desenvolvimento Econômico

Em que pese similitudes, as RM não se confundem com o instituto das Regiões de Desenvolvimento. Ambas são formas de organização regional, mas as Regiões de Desenvolvimento são superiores em termos de área territorial de abrangência, tendo foco na redução das desigualdades regionais, conforme arts. 3º, III, 43 e 170, VII da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). As RM, por sua vez, envolvem espaços territoriais menores, e seu escopo se relaciona à regulação de funções públicas de interesse comum, consoante art. 25, §3º da CF/88.

Ilustra a diferença entre ambas a lição de Bonavides (1971, p. 65), ao tratar das Agências de Fomento, instrumento peculiar das Regiões de Desenvolvimento:

O desequilíbrio inter-regional no Brasil, durante a década de 50, foi de tal magnitude e gravidade que o problema nordestino se configurava já como um problema de segurança nacional, vulnerando as bases da unidade federativa. A taxa de crescimento da renda *per capita* se apresentava ao nível de 1,5% no Nordeste, ao passo que na Região Centro-Sul ou Sudeste se elevava a 3,5%. As análises que então se fizeram da economia nordestina patenteavam a descapitalização contínua do Nordeste, cujos recursos, nas épocas normais, afluíam de maneira permanente e caudalosa, através do setor privado para o Centro-Sul, onde sua aplicação apresentava mais rentabilidade e menos riscos.

Daí se dizer que as Regiões de Desenvolvimento se relacionam a problemas mais severos, em regra macroeconômicos, que acarretam prejuízo ao equilíbrio dos entes federados e que podem, por isso, afetar a própria indissolubilidade da federação.

As RM, de menor escala, relacionam-se a questões de âmbito restrito, notadamente vinculadas a serviços públicos de interesse local, mas que impõem a cooperação dos entes federados para que se lhes garanta tratamento eficiente e econômico.

Lado outro, convém o registro da existência de Regiões Integradas de Desenvolvimento Econômico. Em que pese o nome indicar tratar-se de forma de manifestação das Regiões de Desenvolvimento, não é propriamente o que se apresenta, por quanto rompe com sua lógica. Veja-se, nesse sentido, a Região Integrada de Desenvolvimento do Distrito Federal e entorno, criada pela Lei Complementar nº 94, de 19 de fevereiro de 1998, e regulada pelo Decreto 7.469/2011, que revogou o Decreto 2.710/1998, e que aponta como fundamento constitucional o art. 43 da CF/88. Nela há articulação administrativa do Distrito Federal, União, e Municípios dos Estados Membros Goiás e Minas Gerais, com vistas à prestação de serviços públicos de interesse comum, à semelhança das RM, em que pese haver menção também à coordenação de ações para desenvolvimento e redução das desigualdades regionais.¹

3 Regiões metropolitanas e federalismo cooperativo

Em razão da particularidade da organização federal brasileira, a abranger três esferas políticas – União, Estados e Municípios² –, diz-se que as RM se afiguram como instrumentos do *federalismo cooperativo*, que marca o arranjo estatal brasileiro do pós-Primeira Guerra Mundial:

Depois da Primeira Guerra Mundial, concebe-se o federalismo como *cooperativo*. O ideal é coordenar as duas esferas, sob evidentemente a batuta da União. Daí a repartição vertical, os tributos partilhados, reflexo de uma repartição vertical de competências. Chegou-se, sob a Constituição anterior, a falar em federalismo de integração. Federalismo este que acen-tuaria os traços do cooperativo, mas tendendo a uma

¹ A relação das RM com as Regiões Integradas de Desenvolvimento Econômico – RIDE é reconhecida no Estatuto da Metrópole, que ressalva em seu art. 22 sua aplicabilidade às RIDE até então criadas.

² Funcionando o Distrito Federal como ente *sui generis*, ora atuando com a faceta de Estado-Membro, ora com a de Município.

sujeição do Estado-Membro à União. Na verdade, seria ele um passo no sentido da substituição do Estado federal por um Estado unitário descentralizado, orientação política que hoje conta com adeptos na alta Administração Pública.

[...]

A Constituição de 1988 confere maior autonomia aos Estados-Membros tentando um reequilíbrio federativo. A expansão da autonomia estadual restabelece o federalismo cooperativo. Abandona o federalismo de integração (FERREIRA FILHO, 2012, p. 174).

Com efeito, a centralização político-administrativa levada a efeito no Brasil a partir das alterações normativas empreendidas pelo regime militar iniciado na década de 1960 – que implicou o alargamento das competências legislativas, materiais e orçamentárias da União – é freada com a Constituição de 1988. Esta, a par de prever maior soma de competências legislativas e materiais aos Estados – e, de forma inédita, aos Municípios –, prevê mecanismos de fortalecimento das relações horizontais entre os entes federados, a exemplo das RM.

Elas, as RM, se organizam com base em objetivos comuns cujo atingimento demanda soma de esforços e alinhamento de estratégias, pautadas em planejamento, que acarreta a não sobreposição dos entes federados (relação vertical), mas o seu alinhamento (relações horizontais). Afinal:

[...] o federalismo consagrado no Texto Constitucional não é estanque, nem concorrencial, é cooperativo (art. 23, parágrafo único da Constituição), o que significa dizer que as esferas da Federação, a despeito do sistema de repartição de competências, têm escopos idênticos a cumprir (FERRAZ, 2006, p. 2).

No ponto, cabe o registro de que as RM não se confundem com uma nova espécie de ente federado. Elas não são dotadas de autonomia (capacidade normativa e tributária). Trata-se, em verdade, de instituições que viabilizam arranjos administrativos dos entes federados – estes, sim, dotados de autonomia.

Assim, quanto à natureza jurídica das RM, entendimento majoritário as aponta como órgãos de planejamento (RAMOS, 2012, p. 70):

As regiões metropolitanas são entidades administrativas superpostas aos Municípios, com os objetivos de interesse comum a todas as unidades componentes, assim como os micro-organismos previstos no mesmo dispositivo (art. 25, § 3º). É aquela mesma coopera-

ção federativa, já vista. Neste caso entre o Estado e os Municípios e entre estes. Evidentemente deveria abranger Municípios de Estados distintos se a solução é para o bem comum, desde que com acordos respeitantes da autonomia de todos os participantes.

4 Origens no Direito Positivo

A origem remota do tratamento jurídico das regiões metropolitanas está na Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 – que previu, na parte reservada à *Organização Nacional*, a possibilidade de os Estados-Membros estabelecerem que Municípios da “mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns”:

Art 29 - Os Municípios da mesma região podem agrupar-se para a instalação, exploração e administração de serviços públicos comuns. O agrupamento, assim constituído, será dotado de personalidade jurídica limitada a seus fins.

Parágrafo único - Caberá aos Estados regular as condições em que tais agrupamentos poderão constituir-se, bem como a forma de sua administração.

No escólio de Sarmento e Souza Neto (2012, p. 117):

No que tange ao federalismo, a Constituição de 1934 consagrou um modelo cooperativo, inspirado na Constituição de Weimar. Nesse modelo, além das competências privativas da União e dos Estados, foram também previstas competências concorrentes (art. 10), que demandavam a articulação de iniciativas e esforços entre os poderes central e estadual.

A previsão foi esvaziada de significado, mercê do caráter nominal dessa Constituição. Some-se a isso o caráter eminentemente agrícola da economia brasileira e a organização preponderantemente rural do país na década de 30, a tornarem o fenômeno sociogeográfico das RM menos perceptível na realidade brasileira, o que só veio a mudar com o êxodo rural, intensificado nas décadas de 70 e 80.

Não obstante a ausência de previsão quanto à questão na promulgada Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, já na década de 1940 cogitava-se o planejamento do estado, do qual as RM são instrumento.

No Brasil, outrossim, é com a mudança de comportamento do Estado brasileiro a partir de 1930, que marca o fim da “Primeira República” e a Revolução do

mesmo ano, que tem início um longo processo que irá afetar, no futuro, o Federalismo brasileiro. Destaca-se, a partir desta época, a atitude intervencionista do Estado, que vai de encontro ao não-intervencionismo pregado pelo Liberalismo individualista do século XIX. Ante o crescimento vertiginoso das cidades e a industrialização crescente que aos poucos vai mudando o perfil do país, verificasse uma radical centralização, em prol do poder central (União), das funções estatais, em detrimento da competência dos Estados-membros, que mais não fizeram à época que revelar suas deficiências. Assim é que, a partir da CF de 1934, passando pela Carta outorgada por Getúlio Vargas em 1937 (de cunho autoritário e que instituiu o "Estado Novo" entre nós, que perdurou até o fim da II Guerra Mundial em 1945), até chegar às Cartas de 1967 e à EC 01/69, nota-se uma progressiva centralização na Federação brasileira.

No bojo desta, aparece a idéia de introduzir-se, como providência racionalizadora, o planejamento como norma básica e prévia do Governo e da Administração. Aparecendo ainda na década de 40, é entretanto só a partir de 1956, quando tem início o Governo Juscelino Kubitschek, que tem impulso "a fase do planejamento, como ponto de partida para a solução dos problemas brasileiros". Cria-se, a partir daí, Ministérios que acabam por originar a "Secretaria de planejamento", órgão de assessoramento imediato do Presidente da República, acima dos Ministérios. O planejamento no Brasil nasce assim com caráter predominantemente federal, em detrimento do estadual. É a lição de Celso Lafer, citado por Dalmo Dallari (SABOIA, 1998, p. 233).

No mesmo sentido, destaca Bonavides (1971, p. 58-59):

[Com a CF/46,] Pela primeira vez a expressão "plano", conscientizando no legislador constituinte a importância da planificação dentro das condições novas da sociedade contemporânea, era empregada com ênfase que decerto vinha assinalar um grau mais alto na racionalização das medidas do poder federal, concernentes às áreas regionais, onde entrara a atuar com tanto vigor.³

É na Constituição da República do Brasil de 1967 que a temática volta a ser introduzida no ordenamento jurídico, ago-

³ Registre-se, por cautela, que o referido autor entende equivocada a ideia de federalismo cooperativo no Brasil, defendendo, de outro lado, um Federalismo de Regiões (TEMER, 2008, p. 76).

ra em previsão genérica no título da *Ordem Econômica e Social*, art. 157, §10º:

Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

[...]

§ 10 - A União, mediante lei complementar, poderá estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por Municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, integrem a mesma comunidade sócio-econômica, visando à realização de serviços de interesse comum.

O preceito, de curtíssima duração, veio a ser alterado em face da revolução⁴, que trouxe novo tratamento para a matéria a partir do art. 164 redigido pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969:

Art. 164. A União, mediante lei complementar, poderá, para a realização de serviços comuns, estabelecer regiões metropolitanas, constituídas por municípios que, independentemente de sua vinculação administrativa, façam parte da mesma comunidade sócio-econômica (grifos nossos).

Em que pese a pluralidade de dispositivos a tratar da matéria desde o início do século XX, as RM, enquanto fenômeno jurídico, permaneceram sem densidade normativa, deixando de produzir efeitos. Faltavam-lhes contornos para que pudessem ser, de fato, utilizadas como instrumento de planejamento estatal com foco no federalismo de cooperação.

Somente a partir da Lei Complementar nº 14, de 08 de junho de 1973, desenharam-se os contornos jurídicos das regiões metropolitanas enquanto instrumento a serviço do federalismo cooperativo. A par de criar oito regiões metropolitanas (São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza – cada qual constituindo o agrupamento de municípios – conforme art. 1º), a LC 14/73 trouxe os primeiros efeitos jurídicos concretos dessa forma de organização.

Destacam-se, nesse ponto, a fixação de uniformidade para os salários mínimos no âmbito dos municípios componentes da

⁴ Utiliza-se, aqui, o termo revolução em sentido técnico-jurídico, ou seja, a alteração de uma ordem jurídica constitucional por outra (COELHO, 2001, p. 15). Não se ignoram, no ponto, as críticas hodiernas à designação do fenômeno histórico como “revolução”, e não como “golpe”, na linha de estudiosos de outras Ciências Sociais.

mesma região metropolitana (aspecto normativo mais concreto - art. 1º, §9º) e a previsão de preferência na obtenção de recursos (aspecto normativo de menor concretude - art. 6º).

Do ponto de vista de sua engenharia jurídica, fixaram-se os órgãos de composição (Conselho Deliberativo e Conselho Consultivo, cuja criação foi remetida à competência da legislação estadual, sendo imputado ao Estado-Membro, ainda, o ônus de manutenção desses órgãos - art. 2º). E, aspecto mais importante, delimitou-se seu objeto: os serviços públicos de interesse metropolitano.

Art. 5º - Reputam-se de interesse metropolitano os seguintes serviços comuns aos Municípios que integram a região:

- I - planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social;
- II - saneamento básico, notadamente abastecimento de água e rede de esgotos e serviço de limpeza pública;
- III - uso do solo metropolitano;
- IV - transportes e sistema viário,
- V - produção e distribuição de gás combustível canalizado;
- VI - aproveitamento dos recursos hídricos e controle da poluição ambiental, na forma que dispuser a lei federal;
- VII - outros serviços incluídos na área de competência do Conselho Deliberativo por lei federal (BRASIL, Lei Complementar Federal nº 14/1973).

No ponto, surgiu controvérsia a respeito da constitucionalidade de fixação dessa competência material nas regiões metropolitanas, como relatam Guimarães e Silva (1984, p. 274):

2. Questiona-se, vez por outra, se a criação de entidades metropolitanas, para a execução dos serviços comuns referidos no art. 164 da Carta Magna, lesaria ou não o princípio constitucional da autonomia dos Municípios. Não é incomum a defesa exacerbada do princípio, embora, segundo Miguel Reale, in "Regulamentação do Trânsito Urbano", Revista de Direito Público, vol. 9, pág. 85, ele se preste a interpretações fluidas e impertinentes, dando-se desmedida extensão ao termo "peculiar interesse", em detrimento de exigências de caráter regional ou mesmo nacional.
3. Por isso, são de suma importância - no momento em que se delineia um novo perfil federativo, a exigir revisões conceituais - decisões como a proferida pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo a controverti-

da questão da autonomia municipal. Realmente, ao emitir seu voto como Relator da Representação nº 1.048-PB, em que se levantou, sem êxito, a constitucionalidade dos arts. 164 e 165 da Constituição da Paraíba, limitadores do uso do solo dos Municípios de João Pessoa e Campina Grande, o Ministro DJACI FALCÃO, *in Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 101, agosto de 1982, pág. 487, acentuou a necessidade de se dar “tratamento legislativo adequado a problemas comuns”.

A matéria sofreu pequenas alterações, mercê da Lei Complementar nº 20, de 1º de julho de 1974 (que em seu art. 19 criou a região metropolitana do Rio de Janeiro, a par de criar, no art. 21, fundo contábil para o financiamento de serviços de interesse prioritário dessa região), e da Lei Complementar nº 27, de 3 de novembro de 1975 (que trouxe alterações quanto à composição dos Conselhos Deliberativos).

As RM se mantiveram como instrumento a serviço do planejamento estatal e do reforço ao federalismo cooperativo na CF/88, que voltou a tratar delas no art. 25, §3º:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

[...]

§ 3º - Os **Estados** poderão, mediante **lei complementar**, instituir regiões metropolitanas, aglorações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum (grifos nossos).

Destaca-se o retorno da matéria ao título dedicado à *Organização do Estado*, como o fizera a Constituição de 1937. Além disso, há mudança na competência legislativa – antes da União, agora dos Estados-Membros, mantida a necessidade de lei complementar. Sobre o ponto, Almeida (2013, p. 127):

A atribuição, aos Estados, de competência para instituirão, por lei complementar, regiões metropolitanas representa para eles um ganho, em relação à União, uma vez que a Constituição de 1967, no art. 164, conferia ao poder central tal competência. No caso, ensejou-se aos Estados maior margem de ordenação do seu território, mediante a criação de regiões metropolitanas.

Nesse particular, surgiram entendimentos doutrinários no sentido de que o novo arranjo constitucional impediria a cria-

ção de regiões metropolitanas envolvendo municípios vinculados a Estados-Membros distintos (RAMOS, 2012, p. 85):

O Texto Maior anterior as previa em criação federal. Atualmente tal competência transferiu-se para os Estados (art. 25, § 3º), consequentemente os Municípios devem pertencer ao mesmo Estado. Essa nova forma é colocada, como se os problemas não atingissem unidades pertencentes a Estados distintos. Seria resolver juridicamente questões físico-geográficas.

A questão parece ter sido dificultada, realmente, pela mudança da competência constitucional para dispor sobre a matéria. Contudo, afigurava-se viável, em tese, o arranjo de regiões metropolitanas em municípios limítrofes pertencentes a Estados-Membros diversos. Essa situação, do ponto de vista empírico, é de difícil concretização, mercê da pluralidade de arranjos necessários nos planos das legislações estaduais e municipais, bem como em face do desestímulo à eficiência que decorreria da superposição de órgãos de controle. A respeito do problema, como se verá, houve intervenção legislativa da União a partir da publicação do Estatuto da Metrópole.

Mister ressaltar, antes, que para estruturação jurídica das regiões metropolitanas o caminho natural para que se passe do planejamento à execução envolve a utilização de outros institutos de cooperação intragovernamental:

Na sua estrutura operacional, a região metropolitana requer, além dos órgãos internos de sua composição – Conselho Consultivo e Conselho Deliberativo - um órgão externo de execução dos serviços comuns - empresa pública, sociedade de economia mista ou autarquia - que deve ser previsto e criado na legislação estadual, para atingir o objetivo concreto da própria região metropolitana: a realização dos serviços públicos regionais. Concebo a região metropolitana como instrumento de convergência das relações intergovernamentais, ao nível da União, dos Estados e dos Municípios, figurando nesse contexto como a peça mais nova da fecunda experiência brasileira do federalismo cooperativo. Trata-se de instrumento de cooperação com finalidade constitucional definida, para alcançar, como determinou o constituinte na sua feliz inspiração originária, o desenvolvimento econômico e a justiça social, vale dizer, o bem-estar das populações situadas na mesma comunidade sócio-ecônômica, dentro do fim dominante da Ordem Econômica e Social na Constituição federal brasileira (HORTA apud GUIMARÃES; SILVA, 1984, p. 281).

Moreira Neto (2014) assinala como instrumentos viáveis à execução dos serviços públicos de interesse metropolitano, a par das autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, as figuras que agrupa como instrumentos voluntários de pactos de cooperação: acordos de programa, convênios e consórcios. Esta última modalidade, destaca:

Superando a escassez de legislação atualizada e apropriada para o desenvolvimento dessas fórmulas político-administrativas de coordenação de atividades de interesse público, que cada vez mais ganham expressão na prática federativa, a Lei nºº 11.107, de 6 de abril de 2005, inaugurou uma nova etapa de instrumentação desses pactos, dispondo sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos; iniciativa meritória, embora a opção por uma indevida contratualização, forçada nessa modalidade de pacto e o seu indifarçável viés burocrático e centralizador, tragá obstáculos à sua ampla aceitação e generalizado emprego, como certamente se pretenderia (MOREIRA NETO, 2014, p. 97).

Assim, com a introdução da figura dos Consórcios Públicos pela Lei Federal nº 11.107/2005, regulamentada pelo Decreto nº 6.017/2007, as regiões metropolitanas passaram a gozar de mais um instrumento jurídico para viabilizar a execução dos serviços de interesse comum metropolitano – os consórcios públicos.

Mas é em 12 de janeiro de 2015, a partir da publicação da Lei 13.089, que se consolidam os instrumentos jurídicos postos à disposição das RM para a execução de seus fins. Essa lei, a par de regular as RM, trata das figuras das Aglomerações Urbanas, tangenciando, ainda, a figura das microrregiões (art. 1º, §1º, I), e prevê instrumentos de desenvolvimento urbano integrado (art. 9º e seguintes) para que na cooperação dos entes federados concorra a União.

5 Do Estatuto da Metrópole

A constitucionalidade da Lei Federal nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole) é compreendida a partir de sua conciliação com a competência dos Estados-Membros para a instituição de RM. Com efeito, o §3º do art. 25 da CF/88 dispõe claramente sobre a competência dos Estados-Membros para a instituição de Regiões Metropolitanas. Assim, interpretação no sentido de que as RM já instituídas e reguladas pela legislação dos Estados-Membros sofreriam limitações em razão das regras trazidas pelo Esta-

tuto da Metrópole parece incompatível com a forma federativa de Estado (art. 1º, *caput* da CF/88) e com o regramento do art. 25, §3º da CF/88.

Afigura-se razoável, contudo, interpretação do Estatuto da Metrópole no sentido de que sua aplicabilidade está relacionada às situações que envolvam pluralidade de Municípios situados em pluralidade de Estados-Membros (art. 4º), ou em casos nos quais se busque a participação da União na política de planejamento dessas RM, inclusive com comprometimento financeiro (art. 13 e seguintes).

Subsiste, porém, dúvida quanto ao fundamento de validade dessa lei.⁵ Com efeito, o art. 23, parágrafo único da CF/88 estabelece a necessidade de Lei Complementar para fixação de “normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”. E a instituição de RM é forma de cooperação dos entes federados.

Parece-nos, contudo, que ao caso não se aplica o referido dispositivo, justamente pela falta de “âmbito nacional” às RM, pelo que se atrai a hipótese de competência concorrente, nos termos do art. 24, I, §§1º a 4º da CF/88⁶:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

⁵ Em que pese o Legislador indicar no art. 1º, *caput* do Estatuto da Metrópole os dispositivos constitucionais que sustenta fundamentarem a validade da norma – “incisos XX do art. 21, IX do art. 23 e I do art. 24, no § 3º do art. 25 e no art. 182 da Constituição Federal” –, a indicação legislativa não pode ser apropriada sem o crivo da análise dogmática.

⁶ Competência legislativa correlacionável à competência comum, de execução, prevista no art. 23, I, II, III, IV, VI, IX e XII, que se relaciona, em alguma medida, com os serviços públicos de interesse comum (dicção da Lei Complementar Federal nº 14 de 1973) ou funções públicas de interesse comum (na dicção do Estatuto da Metrópole, art. 2º, II).

Nessa toada, percebe-se que até mesmo a competência tratada no §3º do art. 25 da CF/88 pode ser considerada como inserta nesse contexto maior de competência concorrente. Assim, a Lei Complementar Federal nº 14/1973 deve ser considerada como norma geral recepcionada pela CF/88 com “status” de lei ordinária (§1º do art. 24 da CF/88 c/c art. 34, §5º do ADCT em aplicação analógica e “a contrario sensu”), sendo conveniente destacar que o Estatuto da Metrópole goza do mesmo “status” dessa Lei Complementar.

Superada a questão, percebe-se que o Estatuto da Metrópole adensa o conteúdo administrativo da Lei Complementar Federal nº 14/1973. A par dos *Conselhos Deliberativos* (presididos pelo Governador do Estado) e dos *Conselhos Consultivos* (art. 2º LC 14/73), e do delineamento dos serviços de interesse metropolitano (planejamento integrado do desenvolvimento econômico e social, saneamento básico, uso do solo, transportes, abastecimento de água e combustíveis – art. 5º da LC 14/73), prevê-se a necessidade de conciliação desses órgãos com a *Governança Interfederativa*, a acarretar modificação substancial no delineamento administrativo estruturante das RM.

Isso porque, para a adequação dos Conselhos Deliberativos e dos Conselhos Consultivos ao novo regramento, necessário que eles permitam a governança interfederativa, compreendida como:

Art. 8º A governança interfederativa das regiões metropolitanas e das aglomerações urbanas compreenderá em sua estrutura básica:

- I – instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas;
- II – instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil;
- III – organização pública com funções técnico-consultivas; e
- IV – sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas.

Essa alteração nos órgãos de formalização das RM é imprescindível para que se estruture esse arranjo institucional com vistas a almejada *gestão plena* das RM, imprescindível para que a União possa atuar no seu fomento:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:

[...]

III – gestão plena: condição de região metropolitana ou de aglomeração urbana que possui:

- a) formalização e delimitação mediante lei complementar estadual;
 - b) estrutura de governança interfederativa própria, nos termos do art. 8º desta Lei [que trata da governança interfederativa]; e
 - c) plano de desenvolvimento urbano integrado aprovado mediante lei estadual;
- [...]

Art. 14. Para o apoio da União à governança interfederativa em região metropolitana ou em aglomeração urbana, será exigido que a unidade territorial urbana possua gestão plena, nos termos do inciso III do caput do art. 2º desta Lei.

Deixando a análise dos elementos estruturantes das RM, segue-se à verificação das ferramentas de planejamento previstas para essa forma de organização urbana:

Art. 9º Sem prejuízo da lista apresentada no art. 4º da Lei nº 10.257, de 10 de julho 2001, no desenvolvimento urbano integrado de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas serão utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

- I – plano de desenvolvimento urbano integrado;
- II – planos setoriais interfederativos;
- III – fundos públicos;
- IV – operações urbanas consorciadas interfederativas;
- V – zonas para aplicação compartilhada dos instrumentos urbanísticos previstos na Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- VI – consórcios públicos, observada a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005;
- VII – convênios de cooperação;
- VIII – contratos de gestão;
- IX – compensação por serviços ambientais ou outros serviços prestados pelo Município à unidade territorial urbana, conforme o inciso VII do caput do art. 7º desta Lei;
- X – parcerias público-privadas interfederativas.

O Estatuto das Metrópoles destaca, contudo, que a utilização de algumas dessas ferramentas não é restrita às RM ou Aglomerações Urbanas, prevendo expressamente que os Municípios podem formalizar convênios de cooperação e constituir consórcios públicos, mesmo que não componham a estrutura administrativa prevista no Estatuto (art. 23).

Chama-se a atenção, por fim, a duas alterações destacadas nessa lei. A primeira é a previsão do processo legislativo complexo para a formação de RM envolvendo municípios pertencentes a Estados-Membros diversos (arts. 4º e 5º), pondo fim à dúvida sobre a possibilidade de estruturação dessa forma de organiza-

ção administrativa quando envolvidos Municípios de Estados-Membros diferentes.

A segunda é a possibilidade de responsabilização, por crime de responsabilidade, do Governador de Estado ou outros agentes públicos que atuem na estrutura da governança interfederativa que não busquem a implementação de plano de desenvolvimento urbano integrado⁷, ou do Prefeito Municipal que não envidar esforços para compatibilizar o plano diretor do Município que administra com o plano de desenvolvimento urbano integrado da unidade territorial urbana que esse Município integre (art. 21, II).

Nesse particular, por cuidar a lei de responsabilização do Prefeito Municipal por descumprimento da legislação estadual, chama-se atenção para o fato de que o Município, que a princípio não participa do processo legislativo de aprovação da Região Metropolitana – não há previsão de sua legitimação no curso do processo legislativo de aprovação de Lei Complementar estadual –, pode vir a sofrer prejuízos caso não se alinhe à organização concebida por ente da federação diverso, o que enseja questionamentos a propósito da compatibilização do instituto com o modelo federativo brasileiro.

Sobre ponto, convém registrar o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.841/RJ. Nessa ação, questionou-se a constitucionalidade da previsão de que a decisão legislativa quanto à instituição de Regiões Metropolitanas envolveria o exercício, conjunto, de competência legislativa do Estado-Membro e dos Municípios envolvidos. Em análise da medida cautelar, o STF acatou o pedido de suspensão da eficácia do dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que, afastando a reprodução do art. 25, §3º da CF/88, condicionou a eficácia da competência legislativa do Estado para tratar da matéria à aprovação das Câmaras Municipais dos Municípios afetados. A decisão foi assim ementada:

⁷ Aqui se previu o prazo de três anos, contados da data de publicação da lei para os envolvidos em Regiões Metropolitanas criadas anteriormente à sua vigência, para que busquem elaborar e aprovar o plano de desenvolvimento urbano integrado de suas RM (art. 21, I “b”); e o prazo de três anos, a contar da constituição das RM na vigência do Estatuto das Metrópoles (art. 21, I, “a”). A distinção tem fundamento simples, em que pese não decorrer de imediato da leitura da lei: as Leis Complementares estaduais que criarem novas RM deverão ter plano de desenvolvimento urbano integrado quando de sua instituição; já as RM anteriores ao Estatuto das Metrópoles deverão contar com uma nova Lei Complementar estadual, agora para aprovação de seus planos de desenvolvimento urbano integrado.

REGIÃO METROPOLITANA - AGLOMERAÇÃO URBANA OU MICRORREGIÃO - CRIAÇÃO - REQUISITO - APROVAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL. Ao primeiro exame, discrepa do § 3º do artigo 25 da Constituição Federal norma de Carta de Estado que submete a participação de município em região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião à aprovação prévia da câmara municipal. Liminar deferida para suspender a eficácia do preceito em face do concurso da relevância da argumentação jurídico-constitucional, da conveniência e do risco de manter-se com plena eficácia o preceito, obstaculizada que fica a integração e realização das funções públicas de interesse comum (STF, ADI 1841 MC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/1998, DJ 28-08-1998 PP-00002 EMENT VOL-01920-01 PP-00053).

Em prosseguimento do julgamento, o Tribunal confirmou o entendimento manifesto na medida cautelar:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. REGIÕES METROPOLITANAS, AGLOMERAÇÕES URBANAS, MICRORREGIÃO. C.F., art. 25, §3º. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 357, parágrafo único. I. - A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, depende, apenas, de lei complementar estadual. II. - Inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 357 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. III. - ADIn julgada procedente (STF, ADI 1841, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2002, DJ 20-09-2002 PP-00088 EMENT VOL-02083-02 PP-00255).

Em prosseguimento do imbróglio, ainda no Estado do Rio de Janeiro, o STF analisou a ADI 1.842. Nela discutiu-se a transferência da titularidade de serviço comum de interesse metropolitano, mercê da criação de Região Metropolitana naquele Estado-Membro. O Tribunal, nesse caso, reafirmando a jurisprudência da Corte, e dando interpretação ampliativa à noção de titularidade do serviço nos casos em que há interesse comum dos entes federados, concluiu pela constitucionalidade desse arranjo, conforme se depreende do seguinte excerto da ementa de seu acórdão:

[...] A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração,

que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo. O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999). O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais. 4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos estados e aos municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico. Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico. A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, constante o arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da

integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. 5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum. O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado. O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região. O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto [...] (STF, ADI 1842, Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2013, DJe-181 DIVULG 13-09-2013 PUBLIC 16-09-2013 EMENT VOL-02701-01 PP-00001).

Nessa linha, afigura-se lícita a responsabilização do Prefeito Municipal na situação prevista no art. 21, II do Estatuto da Metrópole: independentemente da participação do Município no processo legislativo de formação da RM, ele passa a ter responsabilidade para com a coletividade que integra, no escopo de criar condições para a prestação eficiente e econômica dos serviços públicos de interesse metropolitano.

Conclusão

As regiões metropolitanas se afiguram como instrumento jurídico pouco explorado pela doutrina, concebidas como forma de auxiliar a Administração Pública no planejamento de políticas públicas urbanas. Seu estudo, em conjunto com outros instrumentos de direito urbanístico (em especial os previstos nos Decretos-Lei nº 3.365/41 e 271/1967, e Leis Federais nº 4.132/1962, 6.766/1979 e 10.257/2001) e com a legislação sobre consórcios públicos (Lei Federal nº 11.107/2005), permite aos opera-

dores do Direito dotar a Administração Pública de maiores perspectivas para a identificação de necessidades em áreas conurbadas com alta densidade demográfica e o apontamento de arranjos jurídicos adequados ao tratamento integrado dos problemas que lhes envolvem, sempre em prestígio ao princípio da economicidade.

As implicações jurídicas de seu arranjo na órbita federal, antes pequenas – uniformidade para os salários mínimos no âmbito dos municípios componentes e a previsão de preferência na obtenção de recursos –, agigantaram-se em face à possibilidade de responsabilização por improbidade administrativa dos Governadores de Estado e dos Prefeitos Municipais, bem como diante dos riscos ao financiamento oriundo da União, nos termos dos arts. 21 e 14 da Lei Federal nº 13.089/2015 (Estatuto da Metrópole).

Nesse particular, a proximidade do termo para adequação fixada aos órgãos componentes da estrutura administrativa das Regiões Metropolitanas constituídas antes da vigência do Estatuto das Metrópoles (12 de janeiro de 2018) inspira cuidado dos Administradores Públicos.

Importa conhecer do tema.

Referências

- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentários ao art. 25, §3º da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. Edição digital (e-book).
- BONAVIDES, Paulo. O Planejamento e os organismos regionais como preparação a um federalismo das regiões. **Revista de Informação Legislativa**, v. 8, nº 31, p. 53-78, jul./set. 1971. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180463/000340644.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 3 set. 2014.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAZ, Luciano. Parceria público-público: contrato de programa e execução de serviços públicos municipais por entidade da Administração Indireta Estadual. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 5, nº 57, set. 2006. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37485>>. Acesso em: 17 dez. 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição eletrônica (e-book).
- GUIMARÃES, Jackson Rocha; SILVA, Gutemberg da Mota e. Os serviços comuns metropolitanos e a autonomia municipal. **Revista de Informação Legislativa**, v. 21, nº 83, p.

273-284, jul./set. 1984. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181549/000410499.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 2 set. 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Integração Administrativa: o Federalismo Brasileiro. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição eletrônica (ebook).

OLIVEIRA, Carlos A. Azevedo. A área metropolitana e seu significado – conceituação em geografia urbana. **Boletim Geográfico do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, nº 16, p. 5-37, dez. 1973. Disponível em: <<http://revistas.fee.tche.br/index.php/boletim-geografico-rs/article/view/3300/3372>>. Acesso em: 15 set. 2014.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Federação e República. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; VALDER, Carlos. (Coord.). **Tratado de Direito Constitucional**, vol. 1, 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição digital (e-book).

SABOIA, Marcelo Rocha. Notas sobre as regiões metropolitanas. **Rivista de Informação Legislativa**, v. 35, nº 138, p. 231-236, abr./jun. 1998. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsfbitstream/handle/id/380/r138-19.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 2 set. 2014.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 1^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Edição digital (e-book).

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 22^a ed., 2^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

O papel dos pareceres jurídicos na propagação dos direitos humanos¹

Vinícius Nogueira Cavalcanti

Advogado da CAIXA no Mato Grosso do Sul

Especialista em Direito Tributário pelo IBET -

Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

Especialista em Educação em Direitos Humanos pela

UFMS - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

RESUMO

A transmissão do conhecimento e a propagação da cultura e, propriamente, da educação em direitos humanos têm se mostrado uma tarefa difícil, mormente na seara pública, em que gestores da Administração Pública acabam por desvirtuar o interesse público. O objetivo deste artigo é demonstrar, por meio de estudo bibliográfico, que o parecer jurídico dos advogados públicos é capaz de promover a promoção dos direitos humanos e de propiciar a educação em direitos humanos dos gestores públicos, porquanto seus atos são submetidos ao controle da legalidade, o que leva o administrador público a encaminhar, antes de promover seus atos administrativos, diversas questões de interesse público para análise consultiva das procuradorias jurídicas, as quais orientam a autoridade consulente conforme as normas jurídicas vigentes, reservando, neste momento, a proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, bem como a difícil tarefa de promover a educação em direitos humanos. Tal medida tem se mostrado eficaz no controle de atos administrativos e, de consequência, na educação em direitos humanos dos gestores públicos. Portanto, é preciso propagar o trabalho das procuradorias jurídicas, como método de controle dos atos administrativos, para diversas áreas de atuação do setor público, com a obtenção de pareceres jurídicos com natureza técnica e independente, que sejam capazes de resguardar o interesse público, bem como os direitos humanos, e, ainda que por via indireta, introduzir a educação em direitos humanos dos gestores públicos.

Palavras-chave: Administração Pública. Controle. Parecer Jurídico. Educação em Direitos Humanos.

¹ Artigo científico elaborado como Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Educação em Direitos Humanos, ofertado pela Faculdade de Direito da UFMS, turma 2015/2016, sob a orientação da Professora Dra. Luciane Coimbra de Carvalho.

ABSTRACT

The streaming of knowledge and the spread of culture and, properly, of education in Human Rights has shown itself a hard task, mainly in the public area, where public management administrators misrepresent the public interest. The objective of this paper is showing, through a bibliographical study, that the legal opinion of public lawyers is capable of making the promotion of Human Rights and propitiate the education in Human Rights of the public officers, considering that their actions are submitted by the control of legality, what takes the public administrator to fowardseveral questions of public interest for the general procuratorate advisory analisis, which guide the consulting authority according to the existing legal rules even before promoting their administrative actions, putting aside, at this moment, the protection of fundamental and Human Rights, as well as the dificult task of promoting the Human Rights education. This measure has shown itself effective in the administrative actions control, and as a consequence, in Human Rights education for public officers. Therefore, it is needed to diffuse the juridical procuratorate job for many public segment areas of performance as an administrative action method of control, obteining than technical and independent legal opinion, that are capable of saving the public interest, as well as Human Rights. And still in an indirect way, introducing the public officers Human Rights education.

Keywords: Public Administration. Control. Legal Opinion. Human Rights Education.

Introdução

O presente trabalho pretende demonstrar a importância dos pareceres jurídicos, especialmente dos Procuradores Estatais, que atuam em empresas públicas e sociedades de economia mista, na educação dos direitos humanos, sob uma visão diretiva dos trabalhos dos gestores públicos.

As atribuições dos Procuradores Estatais na emissão de pareceres acabam por gerar impacto na promoção da eficácia das normas constitucionais, entre elas as que preceituam a promoção dos direitos humanos e do primado da dignidade da pessoa humana.

É certo que as estatais promovem importante função na intervenção da atividade econômica do Estado e também na prestação de serviços de natureza social, sendo que os atos de seus gestores são pautados pela conformidade jurídica, a qual é realizada por meio dos Procuradores Estatais.

Assim, é imperioso reconhecer a função social desses profissionais na educação e propagação dos direitos humanos e da cidadania, porquanto gestores públicos são dirigidos para os parâmetros constitucionais e, de consequência, para a promoção dos direitos humanos por meios dos trabalhos consultivos desempenhados por seus respectivos departamentos jurídicos, onde se encontram os Procuradores Estatais.

Sabe-se que ilícitudes cometidas no âmbito das empresas públicas, que fazem parte da administração pública indireta, reverberaram em prejuízos sociais, revelados em grau de concretude na dignidade da pessoa humana.

Por isso, pareceres jurídicos podem promover a educação de gestores públicos ou até mesmo conduzir a um sistema de controle para melhor promoção dos direitos humanos.

1 A natureza jurídica das empresas públicas

A atividade administrativa pode ser prestada pelo núcleo da Administração, mas também pode ser deslocada para outras pessoas, ou seja, a prestação da atividade administrativa pode ocorrer de forma centralizada ou descentralizada.

Em regra, a atividade administrativa é prestada de forma centralizada, pelo próprio núcleo da Administração, quer dizer, pela Administração Direta; é a chamada prestação centralizada.

Em sentido objetivo, Di Pietro (2001, p. 59) diz: “A Administração Pública abrange as atividades exercidas pelas pessoas, órgãos e agentes incumbidos de atender concretamente às necessidades coletivas; corresponde à função administrativa, atribuída preferencialmente aos órgãos do Poder Executivo”.

Em sentido subjetivo, a autora define Administração Pública “como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado” (DI PIETRO, 2001, p. 62).

Marinela (2006, p. 18), ao definir a Administração Pública, diz que

Administração é todo o aparelhamento do Estado pré-ordenado à realização de serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas. Não pratica atos de governo; pratica ato de execução, com maior ou menor autonomia funcional a competência dos órgãos e de seus agentes, é o instrumental de que dispõe o Estado para colocar em prática as opções políticas do Governo.

Buscando maior eficiência, o Estado pode repassar a prestação de algumas atividades administrativas a outras pessoas jurídicas, retirando-as do seu núcleo. Chama-se prestação descentralizada, quando se transfere para outras pessoas certas atividades, nesse caso o Estado está a realizar descentralização dos serviços públicos. E quem pode receber essa descentralização é a chamada Administração Indireta e também os particulares, vez que nessas hipóteses se tem descentralização.

Ao tratar da Administração Pública Direta e Indireta, Marinela (2006) aduz o seguinte:

A doutrina estabelece como Administração Pública Direta ou centralizada os serviços integrados à estrutura da Presidência, seus Ministros e demais órgãos inferiores, no plano federal; às Governadorias, suas Secretarias e demais órgãos, no plano estadual; e às Prefeituras, suas Secretarias e respectivos órgãos, no âmbito municipal (MARINELA, 2006, p. 62).

[...]

A Administração Pública Indireta é composta por entidades que possuem personalidade jurídica própria e são responsáveis pela execução de atividades administrativas que necessitam ser desenvolvidas de forma descentralizada. (MARINELA, 2006, p. 69).

É fácil notar a ideia de serviços nas proposições de Administração Direta e Indireta, bem como a necessidade de se desenvolver atividades públicas de forma estruturada, fracionada e especializada, sendo que isso tudo cresce com a ideia de um Estado mínimo, em que a Administração Pública apenas desenvolveria atividades principais, repassando outros serviços para serem exercidos fora do âmbito do Estado.

A Administração Indireta compõe-se de quatro espécies de pessoa jurídica: autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

O artigo 173 da Constituição da República esclarece que a criação de empresa pública ou sociedade de economia mista não é determinada pelo seu potencial de lucro. O Estado usa dessas pessoas jurídicas com o fim de prestar serviço público ou, excepcionalmente, explorar atividade econômica em atenção a imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

A Empresa Pública é pessoa jurídica de direito privado, sujeita a regime jurídico diferenciado, com capital exclusivamente público.

A Sociedade de Economia Mista também é pessoa jurídica de direito privado, sujeita a regime jurídico diferenciado, com capital misto, isto é, parte público e parte privado. Porém, o co-

mando desse capital misto caberá ao Poder Público, ou seja, a maioria do capital votante será público.

Ambas têm como finalidades a prestação de serviço público e a exploração da atividade econômica.

Contudo, é bom trabalhar as lúcidas lições de Meirelles (2003, p. 83) que preceitua o seguinte:

O conceito de administração pública não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa. A despeito disso, tentaremos balizar o âmbito de ação do administrador público e assinar os princípios jurídicos básicos que devem nortear a gestão dos negócios estatais.

Em sentido lato, *administrar* é gerir interesses, segundo a *lei, a moral e a finalidade* dos bens entregues à guarda e conservação alheia. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular, se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual e municipal, segundo preceitos do Direito e da Moral, visando o bem comum.

Assim, tanto a Administração Pública Direta como a Indireta vão encontrar um mesmo ponto de convergência, que é o bem comum, o que em última hipótese representa a preservação dos direitos humanos.

2 A importância dos pareceres para os administradores públicos

Um dos princípios da Administração Pública é o da legalidade, expresso na Constituição da República em diversos dispositivos, como nos artigos 5º, 37, 84 e 150.

Dá-se tal relevância ao princípio da legalidade, que está previsto repetidamente na Constituição, para ressaltar ao administrador que esse princípio deve ser imperativamente atendido.

Outro aspecto relevante é que o princípio da legalidade possui leitura diversa quando é dirigido ao particular ou à Administração Pública.

Para o particular (Direito Privado), o princípio da legalidade significa critério de não contradição à lei, ou seja, o particular pode tudo que não contrarie a lei. Se a lei não diz nada, está permitido.

Para o administrador, o princípio da legalidade significa critério de subordinação à lei, o administrador só pode fazer o que a lei autoriza. Se a lei é omissa, a conduta é proibida para o administrador.

Mas cuidado: o fato de o administrador estar submetido à lei não significa que não tenha nenhuma espécie ou forma de liberdade na sua atuação.

A lei atribuirá essa liberdade, dentro da qual o administrador poderá atuar, na medida em que prever as possibilidades de condutas discricionárias, ou seja, o âmbito de discricionariedade estará previsto dentro dos limites legais estabelecidos na norma de regência; uma espécie de baliza normativa.

Meirelles (2003, p. 641) esclarece que o Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo quê é um controle de legalidade e de mérito.

A existência do princípio da legalidade obriga o administrador público a agir conforme a lei, ou seja, dentro das balizas normativas, residindo nesse ponto a importância das Procuradorias Jurídicas, que auxiliam o administrador nessa conformidade normativa de seus atos.

É importante dizer também que o ato administrativo é uma manifestação de vontade do Estado ou de quem o represente, que cria/modifica/extingue direitos buscando a satisfação do interesse público, sujeito ao Regime Jurídico Públíco.

Sobre o ato administrativo, observa-se que entre os seus elementos constitutivos encontra-se o “motivo”, que define o fato e o fundamento jurídico que levaram à prática do ato administrativo, sendo que a validade do motivo depende de sua legalidade.

Assim, os gestores públicos estão compelidos, para promoção de seus atos, a cumprirem os balizamentos legais, que são observados dentro da estrutura administrativa pelas Procuradorias Jurídicas, com a emissão de pareceres técnicos, os quais têm a função social de propagar condutas administrativas que resguardam os direitos humanos, situação que acaba por se traduzir na educação dos administradores em direitos humanos.

Importante observação é feita pela Professora Maria Sylvia, em seu artigo *A Advocacia Pública como função essencial à Justiça*:

É indiscutível o papel de controle da Administração Pública desempenhado pela Advocacia Pública na atri-

buição constitucional de consultoria jurídica do Poder Executivo. Com efeito, a Advocacia Pública participa ativamente do controle interno que a Administração Pública exerce sobre seus próprios atos. Isto porque, no exercício desse controle, as autoridades socorrem-se da advocacia pública. Esta não age por iniciativa própria. Ela não tem função de auditoria, de fiscal da autoridade administrativa. Ela se limita a responder a consultas que lhe são formuladas pelas autoridades, quer sobre atos que ainda vão praticar (e, nesse caso, o controle é prévio), quer sobre atos já praticados, sobre os quais surjam dúvidas quanto à legalidade de (e, nesse caso, o controle é posterior).

A regra é que as autoridades administrativas, mesmo quando revelem inconformismo com a submissão à lei e ao Direito – que muitas vezes constituem entraves aos seus objetivos –, consultem a advocacia pública, ainda que a lei não exija sempre essa consulta. Mesmo quando quer praticar um ato ilícito, a autoridade quer fazê-lo com base em parecer jurídico; para esse fim, ela pede e pressiona o órgão jurídico para obter um parecer que lhe convenha. Ela quer, na realidade, dar aparência de legalidade a um ato ilegal e, para esse fim, quer refugiar-se atrás de um parecer jurídico, até para ressalvar a sua responsabilidade. O advogado público que cede a esse tipo de pressão amesquinha a instituição e corre o risco de responder administrativamente por seu ato.

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser imparcial, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa. Por isso mesmo, a atividade de consultoria tem de estar fora da hierarquia administrativa para fins funcionais, ou seja, para desempenhar com independência as suas atribuições constitucionais. Tratando-se de competência absolutamente exclusiva, a atividade de consultoria afasta qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, ficando o órgão praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função. Ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a ministérios e secretarias estaduais e municipais – já que integram o Poder Executivo –, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Não se submetem a decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arrepio do direito. Quem emite um parecer, tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto

é inerente à própria função que o órgão exerce. Ou ele é independente ou não precisa existir (DI PIETRO, 2016).

Heleno Taveira Torres também teve a oportunidade de dizer sobre a advocacia pública e a sua importância, em seu artigo *Autonomia da advocacia pública é forma de combate à corrupção*:

A eficiência do controle interno da Administração Pública é um predicado do Estado Democrático de Direito que demanda correta aplicação dos princípios de legalidade, legitimidade e economicidade no trato das finanças públicas, além da moralidade, impensoalidade e tantos outros. Reservam-se, assim, à advocacia pública, as expectativas quanto à prevenção de ilícitos e à promoção da segurança jurídica da atividade da Administração direta e indireta, mediante atos confiáveis e válidos.

Esta atitude consagra o império dos valores que regem as finanças públicas (artigo 70 da CF) na advocacia de Estado, cria um ambiente de *compliance* positivo e facilita a atuação do Estado nas relações com os particulares e com as instituições, de modo responsável e diligente. Daí ser imperioso incluir a administração indireta na PEC 82/2007, para aprofundar o combate à corrupção no seio das empresas estatais e propiciar segurança jurídica a todos aqueles que com estas possam interagir.

Em conclusão, estamos convencidos da oportunidade de se afirmar a independência técnica e funcional da advocacia pública como um valor inerente ao sistema de controle interno da atividade financeira do Estado Democrático de Direito. Não integrar essa nobre carreira de Estado, deveras, não obsta que todos estejam conscientes e comprometidos com a afirmação dos seus fundamentos constitucionais. Uma vitória maiúscula da advocacia brasileira, por meio do seu novo “Código de Ética”, a gerar vantagens e avanços vultosos para toda a sociedade, como importante instrumento de controle interno do ordenamento financeiro do Estado (TORRES, 2015).

As ideias acima são capazes de demonstrar, em especial, a necessidade do fortalecimento das prerrogativas dos advogados que atuam perante o Poder Público, seja na Administração Direta ou na Indireta, porquanto sua atividade independente e consciente é profícua para a sociedade.

Conclui-se, então, que o interesse público é preponderante na atividade consultiva desenvolvida pelo Procurador, o que demonstra a importância dos seus trabalhos na formação da cultu-

ra da legalidade e na promoção da educação em direitos humanos.

3 A busca da cidadania e dos direitos humanos por meio de ações do poder público

Exprimir o conceito de cidadania é uma tarefa das mais difíceis num país como o Brasil, porquanto o contexto social e o meio em que vivemos nos remetem a todo momento ao círculo dialético do processo de construção de um conceito de cidadania.

É preciso conceituar cidadania a partir de uma acepção social, política e jurídica, bem como de todas essas de forma harmônica.

O que se busca com conceito e com definições, bem como com as classificações, é melhor conhecer e se aproximar de certos institutos, porém com a cidadania é diferente, pois há um envolvimento direto com tal instituto que muitas vezes parece mesmo um discurso do intérprete.

Porém, é certo que a cidadania está ligada à própria vida das pessoas, especialmente por aquilo que se espera por viver em sociedade e até mesmo do Poder Público constituído.

Ao tratar dos fundamentos do Estado brasileiro, Da Silva (1994, p. 106) diz: "A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal".

Segundo Coutinho (1997), cidadania é o conceito que melhor expressa a democracia e a reabsorção dos bens sociais pelo conjunto dos cidadãos. Ele concebe cidadania como uma capacidade conquistada por alguns sujeitos, ou, no contexto de uma democracia efetiva, por todos os indivíduos, "de se apropriarem dos bens socialmente criados, de atualizarem todas as potencialidades de realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado" (COUTINHO, 1997, p. 146).

Na verdade, a cidadania não é alcançada pela inércia, mas sim pela capacidade de pessoas que, integradas na sociedade, outorgam poderes e exercem seus direitos de forma ativa, tudo com a finalidade de preservar os seus direitos fundamentais, mormente a dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva de Covre (2002), ao indagar o que é cidadania, afirma categoricamente que "só existe cidadania se houver a prática da reivindicação, da apropriação de espaços, da pugna

para fazer valer os direitos do cidadão" e que está simbioticamente relacionada com o próprio "direito à vida no sentido pleno. Trata-se de um direito que precisa ser construído coletivamente, não só em termos do atendimento às necessidades básicas, mas de acesso a todos os níveis de existência" (COVRE, 2002, p. 10-11).

Fleury (1994, p. 9) volta sua atenção para os modos de produção da cidadania e seus conteúdos com relação à "questão social", bem como para o processo de generalização e equalização jurídica do conceito de cidadania que levou à transformação do direito em uma função estatal. Concebe a cidadania "como relação que se estabelece entre os indivíduos, igualados a nível formal, e o seu Estado, através da participação dos primeiros no exercício do político e no atributo de um conjunto de direitos positivos frente a este Estado" (FLEURY, 1994, p. 43).

Assim, há uma relação muita próxima entre a relação interpessoal entre os indivíduos, sujeitos da mesma ordem social e jurídica, bem como sob a égide do mesmo Estado, do qual emergem questões coletivas.

Tem-se, então, pelo exercício da cidadania, o melhor instrumento pela conquista de direitos humanos, que foram historicamente conquistados por meio de um processo de vinculação social e política de um povo.

Não é demais lembrar que a conquista de direitos humanos não ocorre de forma ampla em todos os Estados, já que sua natureza é vertida para Estados capitalistas.

Dentre os direitos fundamentais, previstos na Constituição da República, é importante destacar o "Direito de Participação", o qual permite a participação do indivíduo na vida política do Estado, configurando típico direito ligado à cidadania. Os direitos de participação têm caráter positivo (Estado tem que realizar eleições periódicas) e negativo (Estado não pode impedir o sufrágio universal). Correspondem, na CF, aos direitos de nacionalidade e políticos.

De acordo com a Constituição da República, é considerado cidadão o nacional que esteja no gozo dos direitos políticos e que participe da vida política do Estado.

Veja-se que cidadania pressupõe nacionalidade, mas a recíproca não é verdadeira, porquanto nacionalidade não pressupõe cidadania.

Após a 2ª Guerra Mundial, o conceito de cidadania tem sido ampliado. Em Direito Internacional, o termo "cidadão" é designado para englobar direitos políticos e outros direitos humanos fundamentais (direitos individuais, humanos etc.).

No Brasil ainda se fala em plena cidadania no Brasil, porque a cidadania vai sendo adquirida progressivamente e, aos 35 anos, a pessoa atinge a cidadania plena. Isso porque é apenas aos 35 anos que a pessoa passa a poder ser eleita para Presidente da República, Vice-Presidente ou Senador. Graus de cidadania: 35 anos: Presidente da República, Vice-Presidente e Senador; 30 anos: Governador de Estado/DF e Vice-Governador de Estado/DF; 25 anos: Prefeito, Vice-Prefeito, Deputado e Juiz de Paz; e 18 anos: Vereador.

Na visão mais ampla, Aristóteles não se afasta dos preceitos constitucionais, veja-se:

Como qualquer totalidade, o Estado consiste numa multidão de partes: é a universalidade dos cidadãos [...]. É cidadão aquele que, no país em que reside, é admitido na jurisdição e na deliberação [...], caracterizado pelo atributo do poder (pois é pela participação no poder público que o definimos) [...]. Portanto, o cidadão não pode ser o mesmo em todas as formas de governo [...]. A definição do cidadão, portanto, é suscetível de maior ou menor extensão, conforme o gênero do governo (ARISTÓTELES, 2013, p. 27-29).

Nota-se que a cidadania é alcançada por meio de ação que o Estado promove, de forma que a maneira mais eficiente de se buscar melhores condições sociais é sempre pela congregação de valores sociais dentro de uma mesma sociedade, que se reúne na pessoa do Poder Público.

No Brasil são notórios os avanços sociais com a erradicação da pobreza, promovida pelo programa Fome Zero e o Bolsa Família, que, não obstante a sua natureza assistencialista, acabaram por reduzir uma das maiores mazelas sociais que é a pobreza.

O Poder Público também alcançou avanços na promoção da cidadania, com a entrega de moradia subsidiada por meio do Programa Minha Casa Minha Vida, que contemplou a diversas pessoas um teto para dormir e, assim, reduziu ainda mais a marginalidade.

No campo da educação, existem programas como o Pró-Uni, que concede bolsa de estudos a pessoas menos assistidas, e o FIES, que financia a juros subsidiados e com carência de pagamentos o estudo superior.

Assim, a atuação do Poder Público é de extrema importância para que se consiga, ao menos em seu grau mínimo, contemplar ações que preservem os direitos humanos, por isso é tão importante que gestores públicos estejam mais voltados ao meio

social e ao respeito aos preceitos legais, que estão compelidos a obedecer.

4 A educação em direitos humanos dos procuradores estatais

A Educação em Direitos Humanos merece atenção na forma como deve ser situada no plano governamental, porquanto se trata de um trabalho que envolve uma gama de questões que ultrapassam a sua mera inserção no plano estudantil.

Não é demais dizer que hoje se avançou muito na concretização da educação em direitos humanos, também se pode dizer que existe forte valor nas declarações públicas, que respeitam e propagam tal processo educativo, assim como ocorre no Brasil com o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

Mas ainda existem certos governantes que receiam a produção educativa, pela forma como os direitos são apresentados, ou seja, como agente transformador.

Isso decorre da forma como as pessoas com essa formação passam a enxergar a nossa realidade, com possibilidade de diagnosticar as violações, as quais muitas vezes são cometidas pelo próprio Estado.

Nesse contexto educacional é bom se distanciar daqueles que mais conseguem traduzir teorias e doutrinas, para se aproximar dos "Mestres" que transformam suas ideias em termos claros, que chegam de forma profunda aos alunos, com conhecimentos que sejam capazes de transformar a sociedade e priorizar a evolução social, com a formação dos direitos humanos irreparável.

Com isso, quer-se dizer que, mais que instruir, é preciso educar de forma sensível, que seja capaz de transformar a pessoa, ciente da necessidade da promoção e efetivação dos direitos humanos como um caminho inevitável e infalível para a evolução do homem e da sociedade.

Também não é demais esquecer que a educação em direitos humanos é totalmente humanitária, vertida para dignidade da pessoa humana, que se realiza pela fundamental importância do ser, o qual é colocado em situação privilegiada, mesmo em detrimento de concepções econômicas, de cunho material.

Não se pode perder a educação em direitos humanos e todos os seus benefícios para uma sociedade materialista.

Da educação em direitos humanos, pensa-se que o aprendizado seja um processo em que o ser humano é construtor dos direitos humanos, porque o processo emerge do interior, dos sentimentos, do próprio ser para o exterior.

O promotor da educação em direitos humanos é capaz de gerar a paz, capaz de revigorar a pessoa, de reconstruir sua autoestima, de superar barreiras, de afastar preconceitos, de romper complexos e construir uma nova vida, cheia de dignidade.

Sobre a metodologia da educação em direitos humanos, é importante dizer que o método educacional é fundamental para as conquistas almejadas.

Observa-se que o processo de educação em direitos humanos é mais que a transmissão de conhecimento, é preciso aproximar as pessoas da realidade e da real necessidade de se respeitar os direitos humanos.

Na experiência da atividade do Procurador Estatal, muitas vezes gestores têm recebido orientações e caminhos que devem seguir para harmonizar, além das suas funções essenciais, o escopo de suas funções, que é a promoção do bem comum.

Importantes gestores buscam o conforto de suas decisões nas Procuradorias Jurídicas, muitas das decisões somente são tomadas após a emissão do parecer jurídico, que é adotado como fundamento e motivo para tomadas de decisões e caminhos trilhados por administradores da coisa pública.

Isso representa, em grau de concretude, a consecução do objetivo pelo qual o Estado Administrador foi criado, que é o bem comum, o interesse público e sem dúvida o prestígio aos direitos humanos.

Logo, é possível dizer que a educação em direitos humanos se distancia da metodologia de outras ciências; na verdade não poderia ser diferente, simplesmente porque é preciso despertar o sentimento de cada pessoa que será introduzida no mundo dos direitos humanos, trata-se de um processo que deve partir do interior das pessoas, que devem ser sensíveis à dignidade da pessoa humana em detrimento de toda forma de questões sociais que afastam a proteção dessa dignidade, especialmente pelo meio social em que vivemos.

Verifica-se que nesse contexto os procuradores são eleitos como grandes conselheiros, uma espécie de pessoa de confiança, que, sem propagar seu interesse, consegue promover e sensibilizar o gestor para a promoção dos direitos humanos, tudo por meio do respeito ao ordenamento jurídico, em que se situa em grau máximo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tudo isso se aproxima muito daquilo que se tem divulgado como *compliance*, que nada mais é do que dar conformidade normativa aos atos institucionais, a fim de evitar desvios e violações.

O *compliance* “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários”. (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30).

Nota-se uma verdadeira responsabilidade social no meio corporativo com o respeito às ações de combate às violações aos direitos humanos, numa espécie de contribuição que busca mais que o respeito ao ordenamento jurídico: pretende atingir um ambiente íntegro e livre de mazelas sociais.

Ao abordar o cumprimento das decisões dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos pelos entes estatais, Ramanzini (2014, p. 116-117) acaba por concluir o seguinte:

Quanto aos efeitos concretos dos órgãos do sistema interamericano de direitos humanos na decisão estatal de cumprir as decisões interamericanas, a aplicação de uma metodologia alternativa de mensuração do cumprimento das decisões da Corte IDH viabilizou uma nova organização dos dados, a qual permitiu acessar o perfil de cumprimento das decisões interamericanas na região sul-americana. Ademais, a sistematização dos dados a partir do banco de dados criado propiciou verificar determinadas proposições teóricas da abordagem da compliance, as quais se confirmaram no universo do sistema interamericano de direitos humanos. Como principais resultados, destacam-se que o monitoramento intensivo da compliance pela Corte IDH influi nos níveis de cumprimento; que as audiências são os mecanismos de compliance mais efetivos; que decisões sintéticas têm maiores chances de serem cumpridas; e que o cumprimento estatal nos casos contenciosos é maior, no que se refere ao cumprimento total (média de cumprimento total de 52%) e mais amplo, no que diz respeito à diversidade de medidas cumpridas, do que os dados apresentados oficialmente pelo tribunal.

Portanto, a contribuição da tese se verificou em duas dimensões principais e interrelacionadas. Na dimensão teórica, propôs uma reorganização da literatura sobre as motivações para o cumprimento estatal de compromissos internacionais de acordo com categorias que evidenciam as variáveis explicativas (estatal, transnacional e internacional). Essa forma de apresentação dos estudos existentes permitiu acessar o modo como se desenvolveu o debate, bem como sistematizar os conteúdos a serem empiricamente testados. Além disso, em razão da incorporação dos referenciais teóricos da burocracia internacional e da compliance, a tese contribuiu para superar a lacuna da literatura do sistema interamericano de direitos humanos no que

se refere à perspectiva ainda pouco explorada das organizações internacionais. Na dimensão empírica, a tese consolidou uma base de dados sobre o cumprimento estatal dos contenciosos sul-americanos, de forma a avançar nos entendimentos sobre o sistema interamericano de direitos humanos por meio do questionamento tanto das concepções comuns sobre a falta de capacidade e autonomia dos organismos interamericanos, quanto das avaliações anteriores sobre a efetividade do regime regional.

Logo, é possível dizer que a abordagem da *compliance* é capaz de gerar enorme resultado na efetivação dos direitos humanos, mas não é só isso: a postura no cumprimento de tais direitos é maior quando é submetida a um maior regime de controle.

É interessante dizer que o resultado disso ocorre porque parte de dentro do órgão governamental para os organismos de proteção aos direitos humanos, quer dizer, a efetivação ocorre não pela imposição de um contencioso ou de uma coação legal, mas sim pelas avaliações que os Estados acabam por fazer ao serem impelidos.

Exemplo de que a má administração pública pela total ausência de controle e de governança interna é capaz de gerar pode ser visto no grandioso caso de corrupção da Petrobras.

O desvio de finalidade daquela empresa pública federal foi capaz de impor enormes perdas não só para ela mesma, mas para toda a sociedade, ou seja, tudo que orbitava as atividades que a Petrobras promovia foi sucumbido pela redução de investimentos e paralisação de obras, cidades como Campos, no Estado do Rio de Janeiro, com pujante crescimento e com verdadeira migração de pessoas para aquele município em busca de trabalho e de melhores condições de vida, assim como o desenvolvimento local, acabaram por ser reduzidas a zero, a cidades desertas, a desemprego e a todo tipo de prejuízo social que se pode esperar.

Os problemas gerados pelo quadro em que a Petrobras foi envolvida geraram, com aporte de valores desviados para corrupção, ainda mais perdas sociais, porquanto isso tudo representa, na forma como os governantes acabam por gerir a coisa pública, em decréscimo político e social, o que representa, no fim da linha, violação dos direitos humanos, que ocorre não só quando um policial age de forma imoderada e violenta, mas também quando verbas públicas tomam destinos diversos daqueles que deveriam ter.

É imperioso reconhecer que a atuação independente e técnica do Procurador Estatal poderia cooperar para que casos como

o da Petrobras não acontecessem ou ao menos que os desvios de finalidades chegassem ao conhecimento da sociedade.

Conclusão

Por tudo que foi dito, é preponderante dizer que a atividade administrativa é geradora de direitos humanos e que a gestão dos atos administrativos comporta um certo controle, sendo que a atuação do procurador é capaz de promover a conformidade da legalidade e a educação de administradores públicos em direitos humanos, por meio de atividade consultiva.

Referências

- ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2013. (Coleção Obra-Prima de cada autor).
- CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo**. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.
- COUTINHO, C. N° Notas sobre cidadania e modernidade. **Praia Vermelha**. Estudo de Política e Teoria Social, UFRJ, Rio de Janeiro, v. 1, n° 1, p. 145-165, 1. sem. 1997.
- COVRE, M. de L. M. **O que é cidadania**. 10ª ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2002. (Coleção primeiros passos).
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. **A Advocacia Pública como função essencial à Justiça**. 18 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-ssencial-justica>>. Acesso em: 26 set. 2016.
- FLEURY, Sonia. **Estado sem cidadão**: segurança social na América Latina. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994.
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: Jus PODIVM, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- RAMANZINI, Isabela Gerbelli Garbin. **O Prometido é devido: Compliance no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. 22 abr. 2014. Disponível em: <http://www.iri.usp.br/documents/defesa_2014-04-22_Isabela_Gerbelli_Garbin_Romanzini_DO.pdf>. Acesso em: 26 set. 2016.

TORRES, Heleno Taveira. **Autonomia da advocacia pública é forma de combate à corrupção.** 16 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-16/autonomia-advocacia-publica-forma-combate-corrupcao>>. Acesso em: 26 set. 2016.

Constituição de garantias por meio de penhor ou alienação fiduciária de ações diante dos efeitos da recuperação judicial em operações de *project finance*

Thiago Marques de Araújo
Advogado da CAIXA no Distrito Federal

RESUMO

Em financiamentos de projeto, a conclusão do projeto é a principal garantia para o retorno do capital investido pelo agente financeiro. O penhor ou a alienação fiduciária de ações são instrumentos de controle dos atos de gestão praticados por empreendedores em operações de *project finance*. No âmbito do Direito Administrativo existe a figura do *step-in-rights*. A recuperação judicial é o principal mecanismo de defesa dos empreendedores para inviabilizar a assunção do controle pelos agentes financeiros. A recuperação judicial não inviabiliza a assunção do controle pelo agente financeiro.

Palavras-chave: Garantia. Ações. *Project finance*. Recuperação judicial.

RESUMEN

En financiación de proyectos, la conclusión del proyecto es la principal garantía para el regreso del capital invertido por el agente financeiro. La prenda o los gravámenes de acciones como instrumentos de control de actos de gestión practicados por empresarios en ámbito de un "Project finance". En el ámbito del Derecho Administrativo existe la figura del *step-in-rights*. La recuperación judicial es el principal mecanismo de defensa de los empresarios para inviabilizar la asunción del control por los agentes financieros. La recuperación judicial no inviabiliza la asunción del control por el agente financiero.

Palabras-chave: Garantías. Acciones. *Project finance*. Recuperación judicial.

Introdução

Trata-se de estudo sobre a utilização de garantia por meio de penhor ou alienação fiduciária de ações como instrumentos de recuperação de crédito no âmbito das operações de crédito de financiamento de projeto.

É importante destacar que a presente análise está inserida no contexto de operações de crédito em que o objeto do financiamento é avaliado isoladamente, ou seja, a rentabilidade e as garantias da operação são fornecidas pelo próprio empreendimento ou projeto (GOMEZ et al., 2006, p. 52); é o que se denomina de *project finance*, operações que, em regra, a depender do estágio do projeto, não apresentam garantias corporativas.

A restrição do escopo de trabalho às operações *project finance* também justifica a restrição do objeto da garantia, ações nominativas, considerando que, nessas operações, em regra, a sociedade anônima é o arranjo societário escolhido pelos empreendedores para constituição da sociedade de propósito específico (SPE), seja em razão da possibilidade de constituição da subsidiária integral (art. 251 da Lei nº 6.404/76 - LSA) ou da possibilidade de captação de recursos através da emissão de debêntures.

Nesse contexto, é objetivo deste trabalho, com viés preventivo, avaliar se os interesses dos agentes financeiros estão resguardados com a constituição das referidas garantias, bem como indicar os possíveis pontos de discussão e os seus respectivos mitigadores.

Tenta-se no presente trabalho abordar o tema de forma mais objetiva possível, evitando trazer conceitos de fácil localização em *sites* de busca.

Primeiramente, restringe-se o escopo do trabalho às peculiaridades das operações de *project finance*, em seguida aborda-se aspectos mais relevantes na utilização dos gravames (penhor ou alienação fiduciária) de ações nominais, finalizando com as dificuldades e mitigadores em caso de recuperação judicial ou extrajudicial.

Por opção de metodologia, a conclusão do trabalho é elaborada em forma de síntese, não citando algumas conclusões no corpo do trabalho que dependem da análise do caso concreto.

1 Conceito de garantia

Embora esclarecido no tópico anterior que não é objetivo deste trabalho apresentar conceitos jurídicos de fácil constatação,

o conceito de garantia precisa ser revisitado, em razão da sua essencialidade para o entendimento do presente trabalho.

Assim, se a vida fosse tal qual uma utopia, sem conflitos de interesse, com todos agindo de boa-fé e lealdade, o conceito de garantia não precisaria ser discutido. Como esse não é o caso, os agentes financeiros precisam adotar medidas que assegurem o retorno do capital investido nos financiamentos de projetos.

Segundo o Dicionário Aurélio, garantia pode ser entendida como o ato com que se assegura uma obrigação, uma intenção, um sentimento etc. Com essa ideia em mente, é possível afirmar que a garantia não se restringe à hipoteca ou alienação fiduciária de um imóvel, ao aval de um sócio ou à cessão fiduciária de recebíveis etc.; garantia tem um conceito mais amplo. Uma operação pode ser contratada sem a constituição de garantias reais ou pessoais e ser entendida como uma operação com garantias, dependendo do contexto apresentado, dos instrumentos utilizados, da estrutura de obrigações adotas etc.¹

Outro aspecto importante que precisar ser destacado é o fato de que o conceito de garantia deve ser entendido a partir de um ponto de vista teleológico. A prática demonstra que as garantias constituídas nas operações de *project finance* não visam facilitar a recuperação do crédito em execuções judiciais; as garantias constituídas nessas operações visam afetar o patrimônio do projeto para que o projeto atinja a finalidade proposta.

Por esse motivo, a doutrina do professor Eduardo Salomão Neto informa que:

Uma importante característica separa, entretanto, as garantias tradicionais daquelas outorgadas em operações de *project finance*: a intenção do credor. Enquanto muito frequentemente a intenção do credor ao obter garantias é poder executá-las para quitação de sua dívida, essa intenção é secundária no *project finance*. Isso porque tipicamente os ativos da sociedade do projeto valem menos se vendidos separadamente do que a dívida incorrida para adquiri-los. A principal esperança para o credor de pagamento integral do débito reside na continuação do projeto, com geração de recursos. Assim, tipicamente a existência de garantia e a possibilidade de sua execução servem como elemento de pressão para que os financiadores influenciem a construção e operação

¹ Recomendamos a leitura do Acordão 2780/2011 – Plenário do Tribunal de Contas da União que a analisou e aprovou a estrutura de garantias na operação de financiamento de projeto concedida pelo Banco Nacional do Nordeste do Brasil para construção da Arena Fonte Nova em Salvador/BA.

do projeto, caso o inadimplemento das obrigações a eles devidas seja iminente ou já tenha ocorrido (SALOMÃO NETO, 2007, p. 405).

Ou seja, a receita gerada com a conclusão do projeto é a principal garantia do agente financeiro para o pagamento integral do débito. Assim, estabelecer mecanismos de controle que assegurem a conclusão do projeto é de suma importância para o agente financeiro.

Para fechar o tópico, também é importante destacar que garantia não deve ser entendida tão somente como um direito do agente financeiro, que visa evitar as consequências da inadimplência, mas também deve ser vista como um dever, uma vez que o agente regulador, cumprindo o seu papel legal², veda que as instituições financeiras concedam crédito sem a observância do princípio garantia³, e a sua inobservância pode gerar punições ao agente financeiro e seus administradores.⁴

Em linhas gerais, este tópico abordou o conceito de garantia segundo as premissas das operações de *project finance*, que serão necessárias para o entendimento dos tópicos seguintes.

2 Alienação fiduciária/penhor das ações nominais da sociedade de propósito específico

No tópico anterior, foi informado que as garantias constituídas nas operações de financiamento de projetos não visam facilitar a recuperação do crédito em execuções judiciais, e sim afetar o patrimônio do projeto para que este atinja a finalidade proposta e o agente financeiro consiga o retorno do capital investido.

Nesse contexto, insere-se a alienação fiduciária/penhor das ações, que visa, em apertada síntese, gravar com ônus (sequela e preferência)⁵ o ativo do empreendedor e que, conforme será

² Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. “Art. 3º A política do Conselho Monetário Nacional objetivará: [...] VI - Zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras”.

³ Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.559/1988.

⁴ Resolução do Conselho Monetário Nacional nº 1.065/1985. (Regulamento de aplicação de penalidades às instituições financeiras, seus administradores, membros de conselhos consultivos, fiscais e semelhantes, gerentes e outras pessoas que infrinjam as disposições das Leis nº 4.595, de 31.12.64, 4.728, de 14.07.65, e 4.829, de 05.11.65, bem como outras normas legais ou regulamentares aplicáveis.)

⁵ Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. “Art. 1.367. A propriedade fiduciária em garantia de bens móveis ou imóveis sujeita-se às disposi-

demonstrado, tem por objetivo principal possibilitar o controle dos atos praticados pelo empreendedor ou possibilitar o controle direto da SPE.

A alienação fiduciária/penhor das ações nominativas da sociedade encontra regulamentação na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações (LSA)⁶, e supletivamente no Código Civil, nos termos do art. 1.368-A.

A principal função dessa garantia é possibilitar o controle/administração/gerenciamento dos atos praticados pelo empreendedor, visando à conclusão do projeto que é a melhor garantia de retorno do capital investido. Nesse sentido, dispõe o artigo 13 da LSA:

Art. 113. O penhor da ação não impede o acionista de exercer o direito de voto; será lícito, todavia, estabelecer, no contrato, que o acionista não poderá, sem consentimento do credor pignoratício, votar em certas deliberações.

Parágrafo único. O credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato.

O art. 113 da LSA é um dos motivos que levam o professor Melhim Namem Chalhub a afirmar que o direito positivo brasileiro admite a propriedade fiduciária para as hipóteses de administração de patrimônio:

A permissão para negociação fiduciária de ações inspira-se no princípio de que o negócio fiduciário, como

ções do Capítulo I do Título X do Livro III da Parte Especial deste Código e, no que for específico, à legislação especial pertinente, não se equiparando, para quaisquer efeitos, à propriedade plena de que trata o art. 1.231".

⁶ "Art. 39. O penhor ou caução de ações se constitui pela averbação do respectivo instrumento no livro de Registro de Ações Nominativas. § 1º O penhor da ação escritural se constitui pela averbação do respectivo instrumento nos livros da instituição financeira, a qual será anotada no extrato da conta de depósito fornecido ao acionista. § 2º Em qualquer caso, a companhia, ou a instituição financeira, tem o direito de exigir, para seu arquivo, um exemplar do instrumento de penhor. Art. 40. O usufruto, o fideicomisso, a alienação fiduciária em garantia e quaisquer cláusulas ou ônus que gravarem a ação deverão ser averbados: I - se nominativa, no livro de "Registro de Ações Nominativas"; II - se escritural, nos livros da instituição financeira, que os anotará no extrato da conta de depósito fornecida ao acionista. Parágrafo único. Mediante averbação nos termos deste artigo, a promessa de venda da ação e o direito de preferência à sua aquisição são oponíveis a terceiros."

instituto de ampla aplicação, abrange a transmissão de bens ou direitos, bem como a assunção de obrigações abstratas. A alienação fiduciária de ações de sociedade anônima enseja a criação da figura do acionista fiduciário, o qual, como observa Ferrara, “não é fictício, testa de ferro ou mandatário, mas verdadeiro acionista, proprietário efetivo da ação, quer nas relações internas quer nas relações externas, podendo, portanto, intervir nas assembleias e exercitar direitos sociais”.⁶⁹ Não obstante esses princípios, o art. 113, parágrafo único, da Lei 6.404/76, excepciona-os, preservando o direito de voto do fiduciante, mas restringindo sua exequibilidade às hipóteses e nas condições que o contrato estipular, ao dispor que “o credor garantido por alienação fiduciária da ação não poderá exercer o direito de voto; o devedor somente poderá exercê-lo nos termos do contrato” (CHALHUB, 2013, p. 26).

A nota de rodapé destaca uma estrutura contratual ordinariamente adotada pelos agentes financeiros em operações de financiamento de projeto⁷, demonstrando as matérias que são, em regra, de maior preocupação dos financiadores (transferência do controle acionário, endividamento e pedido de recupe-

⁷ Cláusula do exercício de direito de voto. Durante a vigência do Contrato, o ACIONISTA poderá exercer o direito de voto vinculado às AÇÕES de sua titularidade, obrigando-se a: não aprovar e/ou realizar qualquer ato em desacordo com o disposto nos DOCUMENTOS DA OPERAÇÃO ou que prejudique o pagamento e cumprimento integral das obrigações assumidas ou comprometa o penhor aqui constituído; e

I - a submeter à autorização prévia e por escrito dos CREDORES, conforme previsto no artigo 113 da LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES, as seguintes matérias: (i) alteração no direito de voto das AÇÕES e quóruns de deliberações; (ii) criação de nova espécie ou classe de ações de emissão da CONCEBRA; (iii) qualquer requerimento voluntário ou involuntário de extinção, liquidação, dissolução, pedido de autofalência, pedido de recuperação judicial ou apresentação de plano de recuperação extrajudicial, reorganização ou qualquer outro ato ou procedimento análogo que venha a ser criado por lei ou que possa implicar uma reestruturação financeira da DEVEDORA ou a prática de quaisquer atos pré-falimentares previstos em lei;

II - fusão, cisão, incorporação, transformação em outro tipo societário, constituição de subsidiária ou qualquer outra espécie de reorganização societária envolvendo a CONCEBRA;

III - propostas concernentes a direito de preferência, cessão, alienação ou oneração, a qualquer título, de ação de emissão da CONCEBRA;

IV - propostas concernentes à venda, aquisição, incorporação, fusão, cisão de ativos ou qualquer outro ato que importe ou possa vir a importar em transferência do controle acionário, direto ou indireto, da CONCEBRA ou de seus ativos;

ração judicial da SPE). A sugestão deste trabalho é que, além das matérias elencadas na cláusula, também seja inserida uma obrigação em que a nomeação e renovação dos mandatos dos diretores sejam submetidas à apreciação prévia do agente financeiro, para que, caso sejam verificados indícios de má gestão do empreendimento, o agente financeiro possa alterar os administradores da SPE.

A possibilidade de escolha dos administradores da SPE deve ser discutida com o gestor do contrato, para que sejam avaliadas as condições operacionais e a conveniência de se adotar tal prerrogativa, considerando que na medida em que se criam direitos também se criam obrigações, especialmente nos casos de bancos públicos, em que os gestores frequentemente são convocados para prestar esclarecimento da adoção de determinadas escolhas.

Um aspecto que merece ser discutido é o caso de descumprimento da cláusula, que possui três consequências possíveis: (i) o vencimento antecipado da operação; (ii) a ação de obrigação de fazer ou não fazer; e (iii) a nulidade do ato praticado. Esta última consequência é passível de discussão judicial; ainda não há precedentes judiciais em tribunais sobre esse ponto, mas é possível defender a nulidade do ato, isto é, em razão da ausência de legitimidade do ato (GOMES, 2008, p. 55), considerando que a previsão contratual decorre de previsão legal e o con-

V - emissão de debêntures de qualquer natureza, exceto na forma prevista nos CONTRATOS DE FINANCIAMENTO, bônus de subscrição, partes beneficiárias ou qualquer outra espécie de valor mobiliário;

VI - resgate, amortização ou reembolso de ações, bem como redução do capital social da CONCEBRA;

VII - a contratação de qualquer operação que, de qualquer forma, dê origem a novos endividamentos (exceto conforme permitido nos CONTRATOS DE FINANCIAMENTO);

VIII - alterações no Estatuto Social da DEVEDORA, observadas as exceções expressamente admitidas nos CONTRATOS DE FINANCIAMENTO; e, IX - declaração ou distribuição de dividendos, juros sobre capital próprio e quaisquer outras espécies de distribuições pela DEVEDORA.

PARÁGRAFO PRIMEIRO - As PARTES desde já reconhecem e concordam que será nulo e ineficaz perante a ACIONISTA, a DEVEDORA, os CREDORES ou qualquer terceiro, qualquer ato ou negócio jurídico relacionado às AÇÕES praticado em desacordo com as disposições deste CONTRATO, em especial as relativas ao exercício do direito de voto definidas neste CONTRATO.

PARÁGRAFO SEGUNDO - As instruções escritas, mencionadas no Parágrafo Segundo desta Cláusula, serão fornecidas pelos CREDORES em observância ao parágrafo único do art. 116 da LEI DAS SOCIEDADES POR AÇÕES.

trato é objeto de registro nos livros da empresa, ou seja, é dotado de publicidade, podendo, inclusive, pleitear a nulidade da celebração de um empréstimo realizado pela SPE sem a autorização da CAIXA e/ou requerer a extinção de um processo de recuperação judicial (ENEI, 2016).

Avançando na discussão, além do controle das deliberações societárias, o credor tem a possibilidade de alienar as ações da SPE visando à liquidação/amortização do financiamento; todavia, deve-se considerar que o valor das referidas ações possivelmente não será suficiente para liquidar o valor investido pelo agente financeiro, em caso de excussão das ações dadas em garantia, na linha do que foi proposto no tópico 2 deste trabalho.⁸

O risco de insuficiência dos recursos da alienação dos ativos para liquidação da operação pode ser mitigado, dependendo do percentual de aporte de capital próprio do empreendedor e da sua aplicação de forma antecipada, aspecto que agregaria maior valor à SPE, em razão dos investimentos feitos ao projeto com recursos do empreendedor. Ainda assim, há o risco de que essas medidas não sejam suficientes para liquidar a operação e a exigência de aumento de aporte de capital próprio do empreendedor e/ou a sua aplicação de forma antecipada inviabilizem a iniciativa do empreendedor ou prejudiquem a conclusão do projeto. Esse é um aspecto que deve ser avaliado, caso a caso, pela área de risco de crédito e pelo gestor do contrato.

Concluindo o tópico, a prática demonstra que, conforme já se afirmou anteriormente, a conclusão do projeto é a melhor opção para a satisfação do crédito do agente financeiro e a alienação/penhor das ações, contratualmente ajustada, é um instrumento que possibilita ao credor um controle preventivo e sa-neador da má gestão do projeto pelo empreendedor.

Reconhecendo que a conclusão do projeto é o melhor caminho e que o controle dos atos praticados pelo empreendedor é um instrumento que possibilita ao agente financeiro buscar a conclusão do projeto, torna-se conveniente estudar a figura do *step-in-rights* no âmbito de financiamento de projetos regulados por concessões públicas e parcerias público-privadas.

⁸ “Enquanto muito frequentemente a intenção do credor ao obter garantias é poder executá-las para quitação de sua dívida, essa intenção é secundária no project finance. Isso porque tipicamente os ativos da sociedade do projeto valem menos se vendidos separadamente do que a dívida incorida para adquiri-los” (SALOMÃO NETO, 2007, p. 405).

2.1 Step-in-rights

O *step-in-rights*, modalidade de assunção de controle da SPE, está regulamentado nos artigos 27-A da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995⁹, e no inciso I, do § 2º, do art. 5º e 5-A da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.¹⁰

⁹ “Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 1º Na hipótese prevista no *caput*, o poder concedente exigirá dos financiadores e dos garantidores que atendam às exigências de regularidade jurídica e fiscal, podendo alterar ou dispensar os demais requisitos previstos no inciso I do parágrafo único do art. 27. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 2º A assunção do controle ou da administração temporária autorizada na forma do *caput* deste artigo não alterará as obrigações da concessionária e de seus controladores para com terceiros, poder concedente e usuários dos serviços públicos. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 3º Configura-se o controle da concessionária, para os fins dispostos no *caput* deste artigo, a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 4º Configura-se a administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes: (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

I - indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

II - indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

III - exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no *caput* deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

IV - outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no *caput* deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 5º A administração temporária autorizada na forma deste artigo não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação a tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 6º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015).”

¹⁰ A previsão da Lei nº 11.079/04 apresenta a mesma redação da Lei nº 8.987/95.

Esse instituto do Direito Administrativo é abordado pela doutrina de forma bastante superficial, não há precedentes judiciais envolvendo a sua aplicação, bem como não se tem notícia de sua execução no mercado.

Esse instituto foi recentemente objeto de inovação legislativa, através da Lei nº 13.097/15, que é conversão da Medida Provisória nº 656/2014. A justificativa para a referida inovação é encontrada no Parecer nº 4 de 2014 da Comissão Mista de Relatoria do Senador Romero Juca, que propõe o seguinte:

A primeira delas trata dos denominados step-in-rights. A cláusula de step-in-right nos contratos de concessão ou de permissão possibilita a transferência do controle da empresa para financiadores ou garantidores em caso de inadimplência. Alternativamente, os financiadores e garantidores podem exercer a administração da empresa a fim de saneá-la e, com isso, conseguir retomar o pagamento das despesas financeiras do empreendimento. A assunção do controle acionário, no entanto, traz alguns problemas aos financiadores. Os credores, ao assumir o controle, incorrem no risco de sucessão de passivos, tais como os tributários, trabalhistas, socioambientais etc. Uma possibilidade nessa direção é aumentar os mecanismos de execução do step-in-rights. Para tanto, propomos a criação da figura da "administração temporária", na qual o credor, sem assumir o controle da concessionária ou permissionária, passaria a definir as principais diretrizes estratégicas com vistas à reestruturação da empresa e, consequentemente, a retomada da adimplência em relação às despesas financeiras.¹¹

Em relação às afirmações do referido parecer sobre os riscos incidentes na execução do *step-in-rights*, precisamos entender o seguinte: sempre há o risco, em maior ou menor grau, de o agente financeiro responder pelo passivo da SPE, considerando a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, os princípios gerais direito e o fato de o agente financeiro ser uma pessoa com liquidez que facilita a execução de uma decisão judicial.

A constituição e regulação do *step-in-rights*, apesar de este ser um instituto regulado pelo Direito Administrativo, depende da observância das regras de Direito Civil, especialmente na relação jurídica entre o agente financeiro e o tomador. Até a edi-

¹¹ Site da Câmara dos Deputados. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=A05315EAEAF4193680B089B38063E4F0.proposicoesWebExterno2?idProposicao=622854](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_pareceres_substitutivos_votos;jsessionid=A05315EAEAF4193680B089B38063E4F0.proposicoesWebExterno2?idProposicao=622854;)>; Acesso em: 11 de nov. 2016.

ção da Lei nº 13.097/15 era possível entender que o *step-in-rights* tinha a natureza jurídica de um usufruto de empresa¹², e, com a edição da lei, em razão da inclusão do § 3º do art. 27-A, pode-se entender que uma das vertentes do *step-in-rights* tem a natureza de propriedade fiduciária.¹³

Assim, é importante dizer que, independentemente da condição do credor, usufrutuário¹⁴ ou proprietário¹⁵, há o risco de o agente financeiro responder pelo passivo da empresa. Esse risco permanece no caso da administração temporária, especialmente considerando, apesar da previsão legal inserida no § 5º do art. 27-A da Lei de Concessões, as causas trabalhistas e as ações de dano ambiental, e as hipóteses de ilícitos praticados pelos administradores nomeados (art. 186/187 e 927 do Código Civil), uma vez que o agente financeiro está assumindo a administração da empresa.^{16, 17}

¹² O instituto do usufruto está previsto nos artigos 1.390 a 1.411 do Código Civil, e até a edição da Lei nº 11.382/2006, o antigo Código de Processo Civil, previa essa forma de expropriação, no art. 716, bem como é um dos meios de recuperação judicial, conforme inciso XIII, art. 50, da Lei nº 11.101/2005.

¹³ Código Civil. “Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.” “Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.”

¹⁴ - BRASIL. Código Civil Brasileiro. Art. 1.403 Incumbem ao usufrutuário: I - as despesas ordinárias de conservação dos bens no estado em que os recebeu; II - as prestações e os tributos devidos pela posse ou rendimento da coisa usufruída.

¹⁵ Código Civil Brasileiro. “Art. 1.368-B. [...] Parágrafo único. O credor fiduciário que se tornar proprietário pleno do bem, por efeito de realização da garantia, mediante consolidação da propriedade, adjudicação, dação ou outra forma pela qual lhe tenha sido transmitida a propriedade plena, passa a responder pelo pagamento dos tributos sobre a propriedade e a posse, taxas, despesas condominiais e quaisquer outros encargos, tributários ou não, incidentes sobre o bem objeto da garantia, a partir da data em que vier a ser imitido na posse direta do bem.”

¹⁶ Lei nº 6.404/76. “Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder: I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; II - com violação da lei ou do estatuto.”

¹⁷ Existe a discussão quanto à possibilidade de uma pessoa jurídica administrar uma sociedade empresarial. Independentemente dessa discussão, é possível que a CAIXA responda solidariamente com o administrador nomeado (942 c/c 932, inciso III do Código Civil).

Apesar desse risco, a execução desse instrumento de garantia pode ser conveniente para a conclusão do projeto e a recuperação do capital investido, desde que operacionalizada de forma profissional pelo agente financeiro, sendo mais uma opção para assegurar o retorno do capital dentro do pacote de garantia nos financiamentos de projetos.

Assim, analisados os instrumentos que possibilitam ações coercitivas do agente financeiro no sentido de recuperar os recursos investidos. Nesse contexto, analisar-se-á o outro lado da moeda, isto é, os mecanismos de defesa do empreendedor, as recuperações judicial e extrajudicial, que vêm gerando inúmeras discussões no meio financeiro.

3 Recuperações judicial e extrajudicial

Tem-se a ideia de que quando o empreendedor busca a recuperação judicial (RJ), essa visa buscar condições mais vantajosas para o pagamento do seu passivo.¹⁸

A prática demonstra que a RJ só é um problema ao agente financeiro quando é proposta pelo *sponsors* (empreendedor, acionista da SPE), este sendo o principal fornecedor de bens e serviços do projeto, fato que causa impacto direto na conclusão do projeto ou na sua manutenção, dificultando a sua substituição ou a execução de garantias. Os mitigadores desse risco são (i) vedar a contratação de partes relacionadas¹⁹ ou (ii) exigir garantias mais robustas (fiança bancária ou seguro-garantia).

Gravar com ônus as ações emitidas pela SPE não mitiga os possíveis prejuízos de uma RJ, considerando que, em regra, a RJ é proposta pelo *sponsors* e, contra o *sponsors*, o agente financeiro, via de regra, só possui o Contrato de Suporte dos Acionistas²⁰, ou seja, inicialmente, pode-se discutir até mesmo a ausência de dívida a ser incluída na recuperação judicial.

¹⁸ Lei 11.101/2005. "Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

¹⁹ Sobre partes relacionadas recomendamos a leitura da monografia *Transações com Partes Relacionadas nos Projetos de Infraestrutura Financiados por Project Finance: Caso de Construtora no Grupo Econômico do Acionista Controlador*, de autoria do aluno Maurino Donato Lagrutta Jalom, UFRJ, 2016.

²⁰ Sobre o tema, sugerimos a leitura da monografia *Contrato de Suporte de Acionistas*, do aluno Ricardo Madrona Saes, da Fundação Getúlio Vargas, 2016. Pode ser localizada na biblioteca digital da FGV, no site <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>.

Quando existe uma dívida a ser cobrada do empreendedor, passa a ser relevante a forma da constituição da garantia, penhor ou alienação fiduciária, considerando os termos do § 3º do art. 49 (Recuperação Judicial) e § 1º do art. 161 (Recuperação Extrajudicial) da Lei de Falência, que excluem os créditos garantidos por propriedade fiduciária dos planos de recuperação previstos na lei.

Sobre a possibilidade da assunção do controle da SPE pelo agente financeiro no curso de uma RJ, a sua viabilidade jurídica dependerá da análise do caso concreto, vista a possibilidade do enquadramento da SPE no conceito de bem de capital essencial para atividade do empreendedor. Nesse sentido, a impossibilidade ou o pagamento reduzido de dividendos, bonificações ou o pagamento de juros sobre o capital próprio até o atingimento dos índices de cobertura da dívida e a subordinação de eventuais mútuos contratados entre a SPE e o *sponsors* para com o crédito do agente financeiro são fatos que podem ser alegados para afastar o enquadramento da SPE no conceito de bem de capital essencial para a atividade do empreendedor. Ademais, existe a possibilidade do pagamento desses créditos do *sponsors* (dividendos, bonificações, juros sobre o capital próprio e pagamento de mútuos) na conta vinculada do juízo da recuperação judicial, nos termos do § 5º do art. 49 da lei de falência, não impedindo ou inviabilizando a assunção do controle da SPE pelo agente financeiro. Nos casos em que a SPE é o principal contratante de bens e serviços do empreendedor, essa situação é mais sensível; porém, também não há, em tese, impedimento para a assunção do controle da SPE, considerando a possibilidade da manutenção dos contratos de fornecimento de bens e serviços firmados entre a SPE e o *sponsors* em RJ. Também há que se defender em juízo que a assunção do controle da SPE pelo agente financeiro será benéfica para os bens jurídicos protegidos pelo princípio da preservação da empresa.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu

crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

[...]

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

No caso de pedidos de RJ/RE deduzidos pela SPE, essa é uma decisão que depende da anuência dos financiadores, nos termos do art. 113 da LSA, conforme indicado no tópico anterior. E, nesse contexto, a recomendação é que a RJ/RE da SPE seja avaliada caso a caso, considerando que a RJ/RE da SPE pode ser benéfica para a conclusão do projeto, uma vez que, além da renegociação com o agente financeiro, é possível que a SPE adquira condições de pagamento favoráveis do seu passivo com outros credores.

Para finalizar, outro aspecto importante é que, ocorrendo uma dessas hipóteses (RJ/RE), o agente financeiro deve submeter essas situações à sua área de risco de crédito, para que se faça a reanálise do risco da operação e o respectivo provisionamento, nos termos das Resoluções do CMN nº 2.682/99 e 3.721/09.

São esses os aspectos que entendemos serem abordados sobre as recuperações judicial e extrajudicial, considerando o escopo do presente trabalho.

Conclusão

Após as considerações apresentadas, podemos concluir o seguinte:

- em operações de *project finance*, a conclusão do projeto é a melhor garantia para assegurar o retorno do capital investido;

- para conclusão do projeto, o penhor/alienação fiduciária das ações nominativas é um instrumento de controle dos atos de gestão praticados pelos empreendedores que visa à conclusão do projeto, sendo esta a sua principal função;

- o agente financeiro tem a possibilidade de alienar as ações nominativas da SPE; todavia, há o risco de os valores auferidos com a alienação serem insuficientes para liquidação da operação;

- no âmbito da intervenção da gestão administrativa da SPE, nos casos de concessões de serviços públicos ou parcerias público-privadas, existe a figura do *step-in-rights*;

- na execução do *step-in-rights* existe o risco de o agente financeiro responder pelo passivo da SPE, bem como por eventuais danos causados em caso de má gestão ao promover a intervenção na administração da SPE;

- a efetividade da execução dos instrumentos (alienação/penhor das ações nominativas ou na execução do *step-in-rights*) depende de uma intervenção profissional do agente financeiro;

- a recuperação judicial e extrajudicial, por si só, não inviabiliza o controle da SPE pelo agente financeiro;

- em caso de recuperação judicial ou extrajudicial, deve-se fazer uma análise casuística, para avaliar a conveniência do plano de recuperação para a conclusão do projeto;

- na contratação de operação com partes relacionadas, exige-se uma análise mais cuidadosa na estruturação das garantias da operação.

Referências

CHALHUB, Melhim Namem. Propriedade Fiduciária de Bens Móveis em Garantia. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 21, 2013.

ENEI, José Virgílio Lopes. Instrumentos Protetivos do Financiador em *Project Finance* no Contexto da Recuperação Judicial. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 2, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3º ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMEZ, Luis Alberto et al. **Contratos EPC Turnkey, Contratos-padrão, Gerência de Riscos, Project Finance e Gerência de Processos EPC**. Florianópolis: Visual Books, 2006.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JALOM, Maurino Donato Lagrutta. **Transações com Partes Relacionadas nos Projetos de Infraestrutura Financiados por Project Finance**: Caso de Construtora no Grupo Econômico do Acionista Controlador. Monografia. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2016.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SAES, Ricardo Madrona. **Contrato de Suporte de Acionistas**. Monografia. Fundação Getúlio Vargas, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>.

Empresa familiar e planejamento sucessório

*Letícia Maracci Spanhe da Silva
Advogada no Rio Grande do Sul*

RESUMO

O presente trabalho tem como intuito a abordagem e análise da necessidade do planejamento sucessório do controlador de uma empresa familiar constituída como sociedade anônima de capital fechado. Dessa forma, é explicitado o conceito de empresa familiar, seu modelo tridimensional, buscando, assim, a compreensão do funcionamento da empresa familiar. Em ato contínuo, é efetuada a análise de como se procede à constituição da sociedade anônima de capital fechado; o exercício do poder de controle na companhia, a responsabilidade e o dever do controlador, procurando esclarecer sua importância dentro da empresa. Por fim, será realizado o estudo sobre os métodos de planejamento sucessório, tais como sucessão testamentária, constituição de *holding* familiar e acordo de acionistas visando demonstrar a eficácia do planejamento sucessório nas empresas familiares.

Palavras-chave: Empresa familiar. Sucessão. Planejamento. Sociedade anônima de capital fechado.

ABSTRACT

The present work aims to approach and analyze the need for succession planning of the controller of a family company constituted as a private company. In this way, the concept of family business, its three-dimensional model, is explored, thus seeking an understanding of the functioning of the family business. In a continuous act, the analysis is made of how to proceed with the constitution of the public limited company; the exercise of control power in the company, the responsibility and duty of the controller, seeking to clarify its importance within the company. Finally, a study will be carried out on succession planning methods, such as probate succession, constitution of a family holding company and shareholders' agreement to demonstrate the effectiveness of succession planning in family companies.

Keywords: Family business. Succession. Planning. Private limited company.

Introdução

Para a maior parte das pessoas, trabalho e família são as duas coisas mais importantes, da mesma forma que Freud define como serem o segredo de uma vida plena; assim sendo, é possível perceber o porquê da complexidade de uma empresa familiar. No entanto, mesmo ocupando lugar importante no cenário comercial do país, visto que tal categoria empresarial detém 65% do PIB nacional, sofre com a má gestão de seus administradores, sendo recorrente a falta de planejamento e profissionalização de seus gestores, que por muitas vezes acabam por misturar os interesses de âmbito particular com os da atividade empresarial, não havendo distinção entre família, empresa e propriedade.

A má gestão e falta de planejamento da sucessão do controlador podem acarretar graves traumas, tanto para os entes da família quanto para a empresa, podendo, inclusive, levar à dissolução desta. Sendo assim, surge o motivo para a realização da presente pesquisa: a falta de planejamento sucessório do controlador de uma empresa familiar.

Com o advento da morte do controlador da empresa, seus descendentes se tornam automaticamente responsáveis por conduzir os negócios; contudo, isso nem sempre ocorre de maneira pacífica e eficaz. Em diversas situações, ocorre competição de poder entre os descendentes, estes não possuem o perfil para conduzir os negócios, ou, ainda, surgem discussões sobre a divisão dos lucros da empresa.

Dessa forma, o presente estudo será divido em três partes. No primeiro capítulo, será enfocada a empresa familiar, seu conceito e o modelo de desenvolvimento tridimensional dela: propriedade, família e gestão. Por fim, serão analisados os conflitos familiares provocados pela falta de planejamento sucessório.

No segundo capítulo, serão abordadas as formas de constituição e de exercício do controle da sociedade anônima de capital fechado, bem como a importância e responsabilidades do acionista controlador dentro desse tipo de sociedade. Esclarece-se que o presente trabalho enfocará apenas as características dessa espécie de sociedade anônima.

Por fim, o terceiro e último capítulo abordará o planejamento sucessório do sócio controlador da empresa familiar, indicando as formas e métodos mais utilizados para evitar que a sucessão seja traumática: sucessão testamentária, constituição de uma *holding* familiar e acordo de acionistas.

1 Empresa familiar

1.1 Conceito

No vasto mercado empresarial brasileiro, destacam-se aquelas empresas que têm sua existência interligada por uma família ou várias delas, às quais correspondem mais de 90% das empresas do país (SEBRAESP, 2014). Quanto ao conceito de empresa familiar, explica Leone (2010, p. 139):

A expressão empresa familiar não apresenta uma definição de consenso na literatura tanto nacional quanto internacional. Empresa familiar, na interpretação dada por Bernhoeft (1989), é aquela que tem sua origem e história vinculada a uma família ou, ainda, aquela que mantém membros da família na administração, enquanto Grzybowski e Tedesco (2000) consideram empresa familiar quando duas ou mais pessoas de uma mesma família participam e trabalham em uma mesma empresa, ou seja, são os “donos da mesma empresa”.

A empresa familiar tem sua origem quando um empreendedor inicia seu negócio com a cooperação de algum membro da família, sendo esse o conceito mais simples do que seria uma empresa familiar.

Conforme Oliveira (1999, p. 18), o início de empresa familiar está ligado a fundadores pertencentes à mesma família que possuam interação, podendo, inclusive, sobrepor política, empresa e família. Ainda, conforme o autor: “A empresa familiar caracteriza-se pela sucessão do poder decisório de maneira hereditária a partir de uma ou mais famílias” (OLIVEIRA, 1999, p. 18).

Em consonância, explicita Mamede (2012, p. 11):

O tratamento teórico mais comum é aquele que reconhece como familiar as empresas cujas quotas ou ações estejam sob controle de uma família, podendo ser administradas por seus membros, ainda que com o auxílio de gestores profissionais.

Mesmo que cada empresa familiar possua suas próprias características, há algumas que se fazem presentes na maioria delas, tais quais laços afetivos que influenciam na decisão da empresa, exigência de dedicação, expectativa de alta fidelidade e dificuldade de distinção entre racional e emocional.

1.2 Modelo de desenvolvimento tridimensional

Cabe salientar que o seguinte tópico será exclusivamente fundamentado na doutrina de autoria de Gersick, a qual se refere ao modelo de desenvolvimento tridimensional de uma empresa familiar.

O modelo de desenvolvimento tridimensional retrata o sistema da empresa familiar como três subsistemas independentes, mas interligados, sendo eles: gestão, propriedade e família. Esses três sistemas, os quais compõem uma empresa familiar, dão origem a sete setores diferentes, dividindo-se em membros da família, proprietários, gestão, familiar que é proprietário, proprietário que é funcionário, familiar que é funcionário e aqueles que se fazem presentes em todos os setores, ou seja, familiar, proprietário e funcionário.

Segundo Gersick (2006, p. 6), o modelo dos três círculos é fundamental para a compreensão e o desenvolvimento familiar, tendo em vista que é possível observar o lugar de cada membro da empresa e seus interesses diante das decisões e mudanças nela. Afirma a autora: “É uma ferramenta muito útil para a compreensão da fonte de conflitos interpessoais, dilemas de papéis, prioridades e limites em empresas familiares” (GERSICK, 2006, p. 7).

Dante da aplicação do modelo tridimensional, resta mais simplificada a solução para os conflitos na empresa em relação ao planejamento sucessório, tendo em vista a análise da posição de cada membro na empresa. Conforme Gersick (2006, p. 7): “Vista através das lentes dos três círculos, as opiniões de diferentes pessoas sobre questões como estas tornam-se mais compreensíveis”.

No entanto, mesmo ante a estrutura dos três círculos é necessária a consideração de outro fator para que tanto o sistema tridimensional quanto a empresa familiar funcionem bem: as inevitáveis mudanças causadas pelo passar do tempo. Segundo Gersick (2006, p. 14), os dilemas mais importantes enfrentados pelas empresas familiares ocorrem com o passar do tempo, envolvendo mudanças na organização e distribuição da propriedade, tais como a sucessão do sócio controlador.

Dessa forma, se percebe como há alterações em cada um dos três círculos com o passar do tempo, ante a entrada e saída de seus membros. Por conseguinte, a empresa familiar muda à medida que as pessoas se deslocam internamente pelos sistemas. Nesse sentido corrobora Gersick (2006, p. 16):

Em outras palavras, a movimentação de uma pessoa de um setor para outro, por exemplo, de “membro da família” para “membro da família/funcionário”, ou de “funcionário” para “funcionário/proprietário”, também pode estimular uma reação geral em todo sistema.

A família é um dos círculos que compõem o sistema tridimensional. Segundo Gersick (2006, p. 20) seu desenvolvimento pode ser dividido em quatro etapas: jovem empresa familiar (JEF), entrada na empresa, trabalho em conjunto e passagem do bastão. A etapa jovem empresa familiar é uma fase bastante conturbada, haja vista que é nesse período que ocorre a transição de “jovem adulto” para “completamente adulto”.

A fase denominada “entrada na empresa” se caracteriza pela preocupação com a geração de jovens adultos: como será sua entrada na empresa, quais serão os critérios para tal, bem como o planejamento de suas carreiras. Segundo Gersick (2006, p. 21), quando a primeira geração se encontra em torno dos 50 anos e a segunda está entre os 20 ou 30 anos, se inicia a fase do trabalho em conjunto. Nesse estágio se avalia a capacidade da empresa de sustentar uma família, tal como a administração do aumento da família, agora envolvendo primos, cunhados e demais membros.

Por fim, há o estágio da passagem do bastão. Nessa fase a preocupação se dá com a transição, sendo um momento de grande importância tanto para o ambiente familiar quanto para o empresarial. São feitas escolhas como compartilhar ou passar a liderança para a geração subsequente. Nesse sentido assevera Gersick (2006, p. 22): “De qualquer maneira, quer as empresas estejam ou não preparadas - cedo ou tarde demais, ou no momento exato -, as transições ocorrem de forma inevitável e os ciclos recomeçam”.

O outro círculo que compõe o sistema é a propriedade. As diferentes formas de propriedade geram diferenças fundamentais nas empresas familiares, podendo ser de uma só pessoa, de um casal ou de sócios sem linha de parentesco. Gersick (2006, p. 18) afirma que, normalmente, a propriedade de uma empresa familiar se desenvolve em três estágios: empresa com proprietário controlador, sociedade entre irmãos e consórcios entre primos.

O desenvolvimento da propriedade, na maioria das situações, é impulsionado pelo envelhecimento e crescimento da família; contudo, a progressão da propriedade não é determinada de forma fixa, tendo em vista que não há impedimento para

que uma empresa familiar tenha seu início entre uma sociedade entre irmãos. Desta forma, afirma Gersick (2006, p. 31): “as empresas podem ser fundamentadas sob qualquer uma das três formas de propriedade”.

A autora ainda afirma que a maioria das empresas familiares são fundadas por um proprietário controlador, ou seja, a propriedade é gerida por um único dono ou casal (GERSICK, 2006, p. 32). Os funcionários da empresa, normalmente, são limitados a membros da família do controlador, tal como o Conselho de Administração existe apenas para preencher o requisito legal, tendo em vista que não exerce nenhuma função de aconselhamento, pois essa função se restringe ao controlador.

No estágio de sociedade entre irmãos, na maioria das situações, a empresa se encontra na segunda geração e em média permanece por mais tempo que a empresa de sócio controlador. Nessa fase o controle é compartilhado entre dois ou mais irmãos; no entanto, se os pais ainda detêm poder sobre o funcionamento da empresa e o controle está com os filhos, resta presente uma sociedade híbrida, haja vista que é um Consórcio entre Irmãos, mas detém característica de Sócio Controlador.

No estágio do Consórcio de Primos, diz Gersick (2006, p. 47) que o controle da empresa é exercido por muitos primos de diferentes segmentos da família, sendo que nenhum destes detém votos suficientes para controlar as decisões. Frequentemente, são necessárias, no mínimo, três gerações para que a empresa atinja esse estágio de propriedade. Sendo assim, o consórcio de primos tende a ser uma empresa maior e mais complexa.

Por fim, o último círculo que compõe o sistema tridimensional é denominado Empresa. Analisando-se seu desenvolvimento ao longo do tempo, ele pode ser dividido em três fases: primeiro estágio (início), segundo estágio (formalização/expansão) e estágio final (maturidade).

A primeira fase é o início da empresa familiar. Nessa etapa a maior preocupação é a sobrevivência da empresa. Conforme Gersick (2006, p. 108), as empresas novas possuem duas características em comum: a primeira é que seu proprietário está no centro de tudo, dispondo de toda a sua energia e recursos; a segunda é que a empresa está aguardando um nicho para que possa se estabelecer ao longo do tempo.

A segunda fase é a formalização ou expansão da empresa familiar. Nessa fase a empresa se estabelece no mercado, fazendo com que suas operações sejam previsíveis até o período em que o crescimento sofra uma grande queda, sinal que demonstra que a empresa familiar está chegando ao estágio seguinte.

O estágio final da empresa familiar é quando ela chega à maturidade; em outros termos, quando está numa fase de estagnação. Contudo, essa fase não representa o fim imediato da empresa, visto que pode permanecer nesse estado por tempo indeterminado.

Isso posto, encerramos as características principais do modelo tridimensional, explicando a composição e o desenvolvimento dos três círculos: propriedade, empresa e família. Assim, assevera Gersick (2006, p. 25):

O melhor uso do modelo está em prover uma estrutura previsível para o desenvolvimento de empresas familiares ao longo do tempo, em cada dimensão, e em sugerir como o reconhecimento do estágio atual – e a combinação de estágios entre propriedade, família e empresa – ajuda-nos a analisar as dinâmicas de qualquer empresa familiar.

1.3 Conflito nas empresas familiares

Como já mencionado anteriormente, o núcleo da empresa familiar se encontra fora do estabelecimento empresarial, está localizado na família. Ante a diversidade de ambientes, há o surgimento de diversos conflitos, pois não é rara a confusão entre família, empresa e gestão. Dessa forma, assevera Leone (2010, p. 140): “Contudo, a participação da família na gestão das empresas costuma desencadear conflitos relacionados às dificuldades de separação daquilo que pertence à família e daquilo que pertence à empresa”.

Os principais e mais recorrentes conflitos nas empresas familiares ocorrem quando chega o período sucessório, quando o controlador da empresa retira-se do seu cargo que lhe confere poder de decisão e o sucessor assume seu posto, o qual normalmente é ocupado por um membro da família. No entanto, nem sempre isso ocorre de forma pacífica e organizada, como expõe Leone (2010, p. 140): “Quando o fundador percebe que o negócio é uma extensão de si mesmo e não aceita a velhice, acaba por criar empecilhos para a efetividade da sucessão da gestão à segunda geração”.

Ainda, afirma a autora que na maioria das situações as crises em empresas familiares durante o processo sucessório são provocadas pelo sucedido, pois este tem um modo particular de ver a empresa e de se relacionar com as pessoas, o que reflete na cultura da empresa familiar, e por diversas vezes, esse elemento subjetivo é difícil de ser assimilado pelo sucessor (LEONE, 2010, p. 141).

Conforme Mamede (2012, p. 123), a sucessão é um dos pontos mais críticos na história da empresa e ainda mais dramático em uma empresa familiar, pois a ausência de uma perspectiva para o evento sucessório é a principal razão das crises recorrentes em negócios familiares. Nesse sentido, o autor afirma: “Não considerar, permanentemente, a necessidade de sucessão na administração societária é um erro comum nas corporações e que cobra um preço alto das empresas” (MAMEDE, 2012, p. 122).

Com a substituição do sócio controlador sem planejamento anterior, forma-se uma situação bastante complexa, haja vista que aquele que assumirá o controle estará diante de um cenário completamente estranho. Dessa forma, explica Mamede (2012, p. 124):

Nesses casos, assiste-se a uma situação próxima à de uma loteria. A preservação e o desenvolvimento da empresa seguirão a reboque da capacidade de superação daqueles que se viram jogados inesperadamente em seu comando e na sua capacidade de surpreender na qualidade de sucessores.

Segundo o autor, são inúmeros os casos de empresas que eram promissoras até a morte do seu sócio controlador e, com a sucessão, começaram a definhar (MAMEDE, 2012, p. 122). Em determinadas situações, resta evidente que a empresa começou a decair com a sucessão mal planejada, como ocorreu com o grupo Dreher, que era o maior produtor de vinhos e conhaques do Brasil e foi alienado para a America Heublein após a morte precoce de seu fundador (SEBRAESC, 2005).

Nesse sentido, afirma Oliveira (1999, p. 19):

No Brasil, existem dados que afirmam que a vida média das empresas não familiares é de 12 anos e a das empresas familiares é de nove anos; apenas 30% das empresas familiares passam para o comando da segunda geração e, pior ainda, apenas 5% passam para terceira.

Segundo pesquisas, apenas 11% das empresas familiares possuem algum tipo de planejamento sucessório (MELO, 2015). Dessa forma, Leone (2010, p. 140) corrobora que, mesmo a sucessão sendo um evento de fundamental importância para a permanência e continuidade da empresa, poderá se tornar traumática se não for conduzida de forma racional e eficaz. Isso posto, demonstra a necessidade de que o processo sucessório se desenvolva por meio de planejamento, analisando cada momento da família empresária e da empresa familiar.

2 Sociedade anônima de capital fechado

2.1 Acionista controlador

Conforme Borba (2004, p. 334), detém poder de controle de uma sociedade aquele que tem a capacidade de comandá-la, determinando seus administradores e estabelecendo as linhas básicas de sua atuação. O poder de controle é concretizado pelo voto, manifestando-se, normalmente, nas assembleias gerais; contudo, continua a exercer influência de forma indireta, haja vista a dependência dos administradores para com o controlador. Nesse sentido, afirma o autor: “O controle se exerce a partir das ações com voto, cabendo ao acionista que reunir, em sua titularidade, metade dessas ações mais uma o domínio das assembleias; tem-se aí o chamado controle majoritário” (BORBA, 2004, p. 334).

Segundo Tomazette (2004, p. 311), o controle pode ser exercido de duas formas: controle interno e controle externo. O controle interno é quando o controlador atua no interior da própria companhia, sendo determinante o maior número de votos nas decisões da sociedade; contudo, nem sempre que se obtém a maioria dos votos se tem a maioria dos votos. Ante isso, a doutrina divide o controle interno em cinco modalidades: totalitário, majoritário, minoritário e administrativo.

O controle totalitário é exercido com a totalidade dos votos; em outros termos, nenhum acionista fica excluído do poder exercido na sociedade. Tal forma de controle é mais comum em sociedade unipessoal ou em grupos familiares. No entanto, diante da existência de vários acionistas e quando algum destes possui a maioria do capital votante, há o exercício do controle majoritário, que pode ser simples, quando há uma minoria capaz de interferir nas decisões, ou absoluto, quando inexiste tal minoria.

Diante da ausência de um acionista ou grupo de acionistas que represente mais da metade do capital, há o exercício do controle minoritário. Assim corrobora Tomazette (2004, p. 312):

A ausência de um acionista ou grupo de acionistas que titularize mais da metade dos votos da companhia não significa que não podemos ter um acionista controlador. Nesse caso, surge a dito controle minoritário, que seria exercido por titulares de menos da metade das ações com direito a voto.

Conforme o autor, o controle minoritário é resultado da uma grande dispersão de ações no mercado, não havendo a concen-

tração de várias ações em uma única pessoa (TOMAZETTE, 2004, p. 312). Por fim, há o controle gerencial ou administrativo, no qual as decisões ocorrem conforme a vontade dos administradores, tendo em vista que nessa situação as ações são tão dispersas que não é possível encontrar uma pequena minoria capaz de controlar a companhia.

Diferente do controle interno, segundo Tomazette (2004, p. 213), o controle externo é exercido por meio alheio ao direito de voto, como por credores ou fornecedores, que, dependendo da situação, podem determinar o caminho a ser seguido pela companhia, exercendo, assim, o controle sobre a sociedade.

A lei das Sociedades Anônimas, no art. 116, alíneas a' e b', conceitua o acionista controlador como pessoa física ou jurídica ou grupo de pessoas vinculadas através de acordo de acionistas, que assegurem de maneira permanente a preponderância nas deliberações sociais, exercendo, dessa forma, o domínio sobre o funcionamento da empresa.

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Nesse sentido, afirma Batalha (1977, p. 561):

Controlador é a pessoa (física ou jurídica) ou o grupo de acionistas vinculados por acordo de voto (*voting trust*, *voting agreement*) ou sob controle comum que não só (a) é titular de votos que, de modo permanente, assegurem a maioria dos administradores, mas também (b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da sociedade.

Com a preponderância nas assembleias gerais, o controlador tem a capacidade de escolher a maioria dos administradores. Contudo, havendo um acordo de acionistas ou vantagens estatutárias que possibilitem tal prerrogativa para outros acionistas, não será aquele um acionista controlador, tendo em vista que são requisitos cumulativos para a caracterização do controlador a prepon-

derância nas assembleias e a capacidade de escolher a maioria dos administradores. Corrobora Tomazette (2004, p. 314): “[...] exige-se o uso efetivo do seu poder de comando, para dirigir a sociedade, determinando os rumos que essa irá seguir”.

Em conjunto com o poder de comandar e decidir os administradores, o acionista controlador possui outras responsabilidades. Segundo Borba (2004, p. 337), o controlador deve se portar conforme os padrões éticos e jurídicos que compõem a atividade empresarial, promovendo os interesses dos acionistas e da sociedade como um todo, inclusive da comunidade em que atua a empresa. Ainda conforme o autor: “Desempenha, com efeito, o papel de agente do bem comum, cumprindo-lhe, no âmbito de atuação da sociedade, velar para que ela não se afaste dos interesses básicos representados” (BORBA, 2004, p. 338).

No mesmo sentido, dispõe o parágrafo único do art. 116 da Lei das Sociedades Anônimas:

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

Reitera Batalha (1977, p. 563) que o poder exercido pelo controlador deve respeitar a sociedade como um todo, sem opressão ou congelamento da minoria por meio de frustração de dividendos, desvio de lucros causados por elevação de salário. Nessa senda, expõe o autor: “Significativa é a alusão à “função social” da empresa, num indisfarçável apagamento dos conceitos meramente contratualistas, abrindo os caminhos para o conceito institucional da empresa organizada sob forma de sociedade” (BATALHA, 1977, p. 563).

Sendo assim, o acionista controlador deve exercer legalmente seu poder, tendo em vista que sua imagem possui grande relevância dentro da empresa, tomando como exemplo o art. 122, parágrafo único, da Lei das Sociedades Anônimas, o qual prevê que o acionista controlador deve ser ouvido no caso de pedido de falência.

Nesse sentido, afirma Boiteux (1985, p. 123): “à especificidade de funções do acionista controlador correspondem determinadas responsabilidades para com os acionistas, os trabalhadores e a comunidade, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

Segundo Tomazette (2004, p. 315), ante a função do exercício do poder de controle, a Lei das S/A prevê punição para seu exercício abusivo, determinando, inclusive, o dever de indenização pelos danos causados por seus atos abusivos, como dispõe o art. 117, caput, da Lei das S/A: "Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder".

Tal indenização é proveniente de atos que não correspondem ao interesse social tanto da atividade quanto da sociedade empresária, desrespeitando interesses dos minoritários, colaboradores, bem como da sociedade na qual a empresa está incluída. Em consonância, Borba (2004, p. 339): "O titular da indenização será aquele que sofreu as perdas e danos: em alguns casos, a própria sociedade; em outros, os acionistas minoritários, os empregados, a comunidade, os investidores".

O art. 117, parágrafo primeiro, da Lei das Sociedades Anônimas enumera de forma exemplificativa os tipos de comportamento abusivo do acionista controlador – em outros termos, o exercício abusivo do poder de controle não se restringe, exclusivamente, às práticas aqui enumeradas, mas a qualquer atitude que desvie da função social da empresa:

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia-geral;

- f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.
- h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997).

Do mesmo modo, defende Borba (2004, p. 339): “Dessarte, o abuso de poder poderá ser identificado em qualquer ato contrário ao interesse social e seus desdobramentos”.

A alínea a' dispõe sobre desvio dos objetos da companhia, que, segundo Batalha (1977, p. 566), consiste em orientar a sociedade para fins estranhos aos objetos sociais ou contrários ao interesse nacional, tal como ordem pública, bons costumes e segurança nacional. O desvio de objeto da companhia pode estar relacionado ao favorecimento de uma empresa em detrimento da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou acervo da companhia, bem como ao desvio de lucro ou bens, por meio de negócios fraudulentos ou simulados.

Liquidão e operações substanciais à organização social com intuições fraudulentos é sobre o que dispõe a alínea b' do dispositivo retro. Essa alínea se refere a promover a liquidação de sociedade próspera, imputando falsos motivos para tal, bem como a transformar, incorporar, fusionar ou cindir companhia para receber vantagens, como expõe Batalha (1977, p. 567).

Previstas na alínea c' do art. 117, parágrafo primeiro, da Lei da S/A, alteração estatutária, emissão de valores e políticas prejudiciais consistem, conforme Batalha (1977, p. 567), em promover ou aprovar modificação com a intenção de perceber proveito anormal em prejuízo dos demais acionistas, empregados ou investidores. Nessa situação é necessário que se perceba o intuito de receber vantagem.

A eleição de administradores ou fiscais ineficiente (alínea d') também é uma das hipóteses de exercício abusivo do controle, que se baseia em promover a eleição de administradores ou fiscais ineptos, moral ou tecnicamente. Contudo, afirma Batalha (1977, p. 567), o controlador deve ter ciência da inépcia moral ou técnica dos eleitos.

A alínea e' dispõe sobre interferência desleal na administração e na ratificação de ilegalidades praticadas, o que, segun-

do Batalha (1977, p. 568), consiste em induzir o administrador ou fiscal a praticar atos ilegais ou promover sua ratificação pela assembleia geral.

Contratação em condições prejudiciais ou não equitativas (alínea f'), conforme Batalha (1977, p. 567), baseia-se na celebração de contratos prejudiciais à companhia por meio de determinada pessoa ou sociedade a quem o controlador esteja vinculado, beneficiando, assim, seus interesses estranhos à sociedade.

Segundo Batalha (1977, p. 568), a aprovação de contas irregulares ou negligência na apuração de denúncia (alínea g') consiste na participação ativa na aprovação de contas irregulares dos administradores, visto o controlador ter ciência da situação irregular daquelas por favorecimento pessoal, bem como ser negligente de forma proposital em relação a denúncia que sabia ser procedente ou tivesse justificada suspeita. Nessa última hipótese, se faz presente culpa ou negligência grave, as quais se assemelham à conivência.

Corrobora Lopes (1979, p. 320): "O controlador tem para com seus co-participantes na empresa o dever de fazer prosseguir o negócio da maneira mais favorável e menos onerosa para todos".

Ante o exposto, afirma Tomazette (2004, p. 316) que nas modalidades do exercício do abuso do poder de controle pelo acionista resta clara a concepção institucional da lei, prevalecendo o interesse social em detrimento do interesse do controlador.

3 Sucessão do controlador

3.1 Sucessão testamentária

A personalidade do indivíduo surge com o seu nascimento e se extingue com a sua morte. No entanto, segundo Venosa (2006, p. 4), para o direito sucessório não se pode aplicar tal premissa, pois as relações jurídicas permanecem após a morte.

Nessa senda, afirma Rizzato (2008, p. 1): "Mas a sucessão, de algum modo, tem uma sensação de prolongamento da pessoa, ou de atenuação do sentimento do completo desaparecimento, especialmente quando são realizadas obras que refletem o ser daquele que morre".

Conforme Venosa (2006, p. 1), substituir é ocupar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Sendo assim, de maneira ampla, a sucessão é a substituição do titular de um direito.

Quando o conteúdo e o objeto da relação jurídica continuarem os mesmos, alterando, somente, os titulares da relação, ocorre uma substituição, ou seja, houve a transmissão de um direito ou sucessão. Nesse sentido, expõe Venosa (2006, p. 1): “Destarte, sempre que uma pessoa tomar o lugar de outra em uma relação jurídica, há uma sucessão. A etimologia da palavra (sub cedere) tem exatamente esse sentido, ou seja, alguém tomar o lugar de outrem”.

Corrobora Gomes (2004, p. 5) que na sucessão as relações jurídicas se modificam, contudo permanece sem alteração sua identidade. Segundo o autor: “A mudança do sujeito na posição ativa ou passiva da relação toma o nome técnico de sucessão” (GOMES, 2004, p. 5).

Afirma Rizzato (2008, p. 1) que se faz necessário que outras pessoas assumam a titularidade dos bens materiais, de modo a recompor a ordem e a titularidade do patrimônio. Nessa senda, Almeida (1915, p. 15): “A ideia de sucessão implica a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito”.

A sucessão se divide em duas linhas, uma derivada de ato entre vivos e outra que deriva da morte de alguém, a denominada *causa mortis*. Nessa situação, os direitos e obrigações do falecido são transferidos para seus herdeiros e legatários, sendo este denominado direito hereditário.

Nesse sentido, afirma Rizzato (2008, p. 2) que na sucessão entre vivos há a transferência do titular de um direito por aquele que tenha legitimidade para isso, e na sucessão *causa mortis* a morte é o fator fundamental da transmissão. Sendo assim, ante o óbito, separa-se a personalidade do patrimônio. Conforme o autor: “A última envolve a transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa morta, chamada de *cujus*, a uma outra pessoa sobreviva” (RIZZARDO, 2008, p. 2).

Conforme Gomes (2004, p. 6), a sucessão pode ser a título universal ou singular. O título universal é caracterizado pela transmissão do patrimônio do *de cuius* ou quota daquele; já por título singular, a transmissão se restringe a um único bem, também chamado de legado. Ainda de acordo com o autor: “Quem sucede a título universal é herdeiro. Quem sucede a título singular, legatário” (GOMES, 2004, p. 7).

No mesmo entendimento, afirma Venosa (2006, p. 2) que, quando ante a morte é transmitida uma universalidade, ou seja, totalidade de um patrimônio, dá-se a sucessão hereditária, havendo a herança, não importando o número de herdeiros. Já a sucessão a título singular ocorre por meio de testamento, quan-

do o testador, no ato de última vontade, contempla com um bem certo e determinado do seu patrimônio, um legado. Dessa forma, surge a figura do legatário, o titular do direito, e o legado, objeto do testamento.

Assim é disposto no art. 1.786 do Código Civil vigente: "Art. 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade".

Conforme Venosa (2006, p. 8), quando não houver testamento, segue-se a ordem de vocação hereditária prevista no art. 1.788 do atual Código Civil: "Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo".

Ocorrendo a sucessão hereditária, segundo Rizzato (2008, p. 714), a partilha dos bens dá-se pela simples repartição dos bens respeitando a ordem de vocação, ficando a critério dos herdeiros ou do magistrado, sendo a partilha judicial, a disposição e, por conseguinte, a posse dos bens presentes no espólio. Conforme o autor: "Define-se juridicamente o que pertence a cada herdeiro. Parte-se para um processo de separação de acervo em quotas-partes [...]. Com a partilha, pois, procura-se extinguir a comunhão, o que se faz mediante atribuição de porções aos herdeiros" (RIZZARDO, 2008, p. 714).

Dessa forma, as ações do sócio controlador da empresa familiar correm o risco de ficar na posse de alguém que não esteja de fato preparado para assumir e exercer o controle da empresa ou que possua interesses diversos dos do falecido, como, por exemplo, a alienação das ações e, assim, a alteração do controle da empresa ou, ainda, podendo ocorrer a separação das ações e por consequência a descentralização do controle da sociedade.

Conforme Gomes (2004, p. 84), pela sucessão testamentária instituem-se herdeiros e legatários, ou seja, sucessores de título universal ou particular. Dessa forma, a legislação permite ao testador chamar a sua sucessão aquele que também é instituído como herdeiro, não restringindo apenas aos legatários. Afirma o autor: "As pessoas que recebem em virtude de testamento designam-se, sempre, nesses ordenamentos legais legatários: universais, quando recolhem toda a herança ou uma quota-par- te; particulares, se contemplados, com um ou vários bens determinados" (GOMES, 2004, p. 84).

Na sucessão testamentária, segundo Rizzato (2008, p. 228), há um ato unilateral de vontade, pelo qual se dispõem bens em

favor de terceiro, para valer após a morte. Assim expõe o autor: “Pelo testamento, há a faculdade de estender a vontade do ser humano para depois de sua morte, através de um ato de vontade, relativamente à disposição dos bens” (RIZZARDO, 2008, p. 228).

Ainda Rizzato (2008, p. 228):

Dessa exposições extrai-se a definição de testamento como o ato unilateral de vontade de uma pessoa, dispondo gratuitamente sobre os bens, ou parte dos bens [...]. Ou a manifestação da vontade, de forma documental pública ou particular, atribuindo gratuitamente seu patrimônio a terceiros.

Assim disciplina o art. 1.857 do atual Código Civil:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legitima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Corrobora Gomes (2004, p. 86) que não é correto afirmar que a sucessão testamentária opera meramente pelo efeito da expressa vontade do homem; sua viabilidade decorre da permissão do direito positivo, haja vista que é a legislação que possibilita às pessoas capazes meio técnico para regular sua própria sucessão, assegurando-lhes o direito de dispor dos seus bens para depois da morte.

Conforme o autor, a sucessão testamentária exige do seu instrumento a observância de formalidades, as quais têm função preventiva, precatória e executiva (GOMES, 2004, p. 87). Ainda de acordo com ele:

Os elementos formais do testamento têm por fim assegurar a livre e consciente manifestação da vontade do testador, atestar a veracidade das disposições de última vontade e fornecer aos interessados um título eficaz para obter o reconhecimento dos seus direitos (GOMES, 2004, p. 87).

Em igual sentido, afirma Rizzato (2008, p. 234) que o testamento deve obedecer a alguns pressupostos para que tenha efeito no mundo jurídico. Um dos requisitos para sucessão testamentária é que se disponha dos bens para depois da morte, visto que não se admite a transmissão dos bens enquanto o testador viver.

Outro pressuposto é a capacidade civil do autor, estando este em pleno gozo de seus direitos, tendo capacidade de fato e direito para dispor de seus bens. O objeto do testamento deve ser lícito, bem como o testador não pode dispor da totalidade dos bens havendo herdeiro necessário, pois a legítima dever ser preservada, nos termos do art. 1.857, parágrafo primeiro, do Código Civil vigente.

Rizzardo (2008, p. 234) salienta que o testamento possui forma solene ou prescrita em lei, dividindo-se em ordinário ou especiais, sendo sempre negócio jurídico unilateral, não importando a vontade do beneficiado. Ademais, deve ter o beneficiário capacidade para receber, ou seja, não pode ter sido deserdado.

Por fim, outro requisito da sucessão testamentária é sua gratuidade, não sendo possível exigir favores ou reciprocidade em razão do objeto testado. Por fim, a revogabilidade é inerente ao testamento, se estendendo até a morte do testador, como disposto no art. 1.858 do Código Civil vigente: "Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo".

Sendo assim, por meio da sucessão testamentária é possível que sócio controlador planeje e disponha sobre a propriedade das ações que lhe proporcionam o controle da sociedade. Contudo, pouco pode ser feito e planejado em relação à gestão da empresa, pois, por meio de tal instrumento, basicamente se dispõe, somente, de bens materiais.

3.2 Constituição de *holding* familiar

Como mencionado no tópico anterior e segundo Mamede (2013, p. 81), o testamento permite somente a divisão antecipada dos bens, incluindo a participação societária. Entretanto, não resolve o dilema da empresa, tendo em vista que não há possibilidade de distribuir funções.

Sendo assim, ainda resta o risco de haver conflitos em relação ao poder nos negócios, principalmente quando o controle da companhia foi distribuído entre mais de um herdeiro, acarretando, dessa forma, o enfraquecimento do controle familiar sobre o negócio.

Afirma Mamede (2013, p. 84) que os mecanismos no direito sucessório não permitem que se prepare uma sucessão qualitativa, além da distribuição antecipada dos bens; bem como o processo de inventário não possibilita a distribuição de funções.

Sendo assim, uma forma de evitar tais conflitos é a constituição de uma *holding* familiar. Corrobora Mamede (2013, p. 85):

A constituição da *holding*, em oposição, viabiliza a antecipação de todo esse procedimento e pode, mesmo, evitar o estabelecimento de disputas, na medida em que permite que o processo de sucessão à frente da(s) empresa (s) seja conduzido pelo próprio empresário ou empresária na sua condição de chefe e orientador da família, além de responsável direito pela atividade negocial.

No mesmo sentido, atesta Oliveira (1995, p. 31):

Nesta situação, a formação de uma empresa *holding* familiar promove a reunião de todos os bens pessoais do patrimônio desta sociedade, oferecendo a seu titular a possibilidade de entregar a seus herdeiros as cotas ou ações na forma que entenda mais adequada e proveitosa.

Com a constituição da *holding* familiar, ocorrendo a morte do controlador, a sucessão do patrimônio e da empresa já estará decidida em vida. Além do mais, durante o processo de inventário a administração da empresa já está organizada, não sendo necessário ser administrada pelo inventariante, e após basta somente os herdeiros seguirem com a *holding*.

De acordo com Lodi (2011, p. 8), a *holding* tem como principal finalidade a manutenção majoritária de ações de outras empresas, possibilitando, assim, o controle de grupos empresariais e a concentração desse controle, afastando a segmentação acionária por consequência de sucessivas alienações ou heranças.

O contrato social/estatuto para a constituição de uma *holding* é bastante simplificado, deve obedecer aos seguintes requisitos: forma societária; forma de alienação das quotas ou ações dos sócios, assim como sua retirada; definição do procedimento no caso de falecimento de um sócio; estabelecimento de como é constituído o capital social; elaboração de princípios de gerência; e estabelecimento da sede e da razão social.

Segundo Mamede (2013, p. 91), para constituição de uma *holding* não há nenhum tipo societário específico. Sendo assim, a *holding* familiar é caracterizada pela sua função e objetivo, e não pela natureza jurídica ou tipo societário. Ainda conforme o autor: "Constitui uma decisão importante a eleição na natureza jurídica que se atribuirá à sociedade, bem como o respectivo tipo societário" (MAMEDE, 2013, p. 91).

De acordo com Mamede (2013, p. 91), para escolha do tipo societário a ser adotado para a constituição da *holding* familiar deve ser considerado o objeto da sociedade, pois se a *holding* não assumirá obrigações, sendo titular de um único patrimônio,

como, por exemplo, ações, não se faz indispensável optar por um tipo societário no qual se estabeleça limite de responsabilidade entre as obrigações e o patrimônio dos sócios. No entanto, se a sociedade for assumir obrigação, é mais adequado que o tipo societário escolhido exclua a responsabilidade dos sócios, tal como sociedade limitada ou anônima.

Sendo assim, a sociedade por ações não é o tipo societário ideal para uma *holding* familiar, tendo em vista a facilidade de transações das ações e, no caso das companhias abertas, as alterações de sócios, características incompatíveis com o intuito de preservação da *holding*. Nesses termos, Mamede (2013, p. 98): “Não é, portanto, uma vantagem que se aproveite à *holding* familiar, já que a lógica que marca a constituição e a existência desses sociedades é a preocupação com a preservação de um patrimônio familiar”.

Em contraponto, na sociedade contratual, a exemplo da limitada, os sócios são reconhecidos na condição de partes, sendo nomeados e qualificados no instrumento de contrato. A modificação de um sócio ou alteração na participação do capital exigem alteração no instrumento do contrato social.

Com a constituição da *holding*, segundo Mamede (2013, p. 85), o patrimônio da família não mais pertence à pessoa natural, mas à pessoa jurídica. Dessa forma, a sucessão hereditária não ocorrerá nos bens ou na participação na empresa, mas na participação societária na *holding*.

No mesmo sentido, Lodi (2011, p. 95) afirma que as participações societárias não serão mais pulverizadas, pois estão agrupadas e pertencem a uma única pessoa jurídica. Ademais, sendo os imóveis trocados por quotas, não serão mais motivo de litígios.

Isso posto, percebe-se que não é necessário que todos os herdeiros participem da gestão da empresa, pois a administração pode ser realizada por aqueles que tenham interesse e capacidade de gestão, ou, ainda, por profissionais. Ainda de acordo com Lodi (2011, p. 96): “O ônus e lucro dessa empresa pertencerão a todos, possibilitando sua calma travessia em direção a uma nova sucessão”.

No entanto, mesmo após a constituição da *holding*, ainda é necessário que se estabeleça como se dará a transferência das quotas ou ações da sociedade de participação: se antes da morte pode ser feita por doação assim, caracterizando adiantamento da legítima ou, ainda, por compra e venda; se feita após a morte, será por sucessão testamentária. Nessa última hipótese, o controle da *holding* se mantém com os ascendentes até sua morte.

Outrossim, segundo Lodi (2011, p. 96), a constituição de uma *holding* familiar também auxilia no planejamento fiscal, exercitando o direito de elisão, minimizando impostos e taxas, bem como o imposto de transmissão *causa mortis*.

Isso posto, a constituição de uma *holding* familiar é uma excelente opção para o planejamento sucessório, sendo possível estabelecer previamente as funções administrativas, patrimoniais e fiscais, fazendo com que a empresa familiar enfrente a fase sucessória de modo organizado e sem litígios.

3.3 Acordo de acionistas

O acordo de acionistas trata-se de um contrato que está submetido a todas as normas comuns de validade de qualquer negócio jurídico. Tendo como objeto a regulação de direitos dos acionistas referente às suas ações. Nesses termos, Carvalhosa (2011, p. 21): “Tais acordos visam à composição dos interesses dos acionistas com respeito ao exercício de seus direitos políticos, junto à companhia, e patrimoniais sobre suas ações”.

Como qualquer outro negócio jurídico, o acordo de acionistas deve preencher os requisitos de validade e eficácia, sendo eles: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, conforme o art. 104 do Código Civil:

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

No entanto, sendo um contrato nominado, como disposto no art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas, o acordo de acionistas deve preencher requisitos próprios quanto às partes, ao objeto e à forma.

Conforme Carvalhosa (2011, p. 30), em relação às partes que compõem o acordo de acionistas, é pertinente distinguir parte no sentido formal e no sentido substancial. No sentido formal, somente os acionistas possuem a capacidade para constituir um acordo de acionistas. Sendo assim, não cabe à própria sociedade nem aos seus administradores ou terceiros a realização do contrato.

No entanto, não há óbice para que a companhia figure de modo substancial nos acordos de controle e, ainda, nos acordos de bloqueio ela poderá ser parte formal quando for titular de preferência na aquisição de ações. Para Carvalhosa (2011, p. 31): “Isto posto, no acordo de acionistas, devem as partes ser, todas, titulares de ações”.

No entanto, são inadmissíveis acordos firmados entre acionistas e administradores, pois estaria caracterizada fraude à legislação, haja vista que seria uma forma de captar os acionistas dispersos para votar em propostas produzidas de forma autônoma pelos administradores, bem como na permanência de seus postos ou na aprovação de suas contas.

Por motivos similares, não é permitido o acordo entre acionistas e a própria sociedade tendo como objeto o voto. Segundo Carvalhosa (2011, p. 32), tais práticas são nulas, sendo denominadas, pela doutrina, de “consórcios de administração”. Para o autor:

Na espécie, o acordo celebrado entre os administradores ou a companhia, de um lado, e acionistas, de outro, configuraria claramente o tráfico de voto, estando, no caso, inserida uma vantagem qualquer, direta ou indireta, presumida ou efetiva, como contrapartida à submissão de acionistas minoritários aos interesses pessoais daqueles (CARVALHOSA, 2011, p. 32).

Os acordos firmados entre acionistas e administradores ou com a companhia sempre serão ilícitos e ilegítimos, portanto contrários ao interesse social. Dessa forma, a regra é que administradores não poderão convencionar um acordo de voto, tanto de verdade (aprovação das contas) quanto de vontade (permanência dos atuais administradores).

De acordo com Borba (2004, p. 343), o acordo de acionistas poderá ser por prazo determinado ou indeterminado. Existindo determinação de prazo, as partes não poderão se desvincular do contrato até o término do prazo, quando os efeitos estarão extintos, ou por consentimento mútuo. Já no acordo por prazo indeterminado, qualquer uma das partes por ato unilateral e em qualquer tempo poderá denunciar o acordo. Na última hipótese, poderá ser estipulada multa no caso de denúncia. Corrobora Borba (2004, p. 345):

A indeterminação de prazo torna o acordo bastante frágil, levando as partes a conviver com o risco permanente da denúncia. Deve-se, então, preferir o acordo a prazo certo, para que as relações se desenvolvam entre os contratantes em nível de segurança e estabilidade, podendo-se inclusive adotar prazos efetivamente longos.

Para que o acordo seja cumprido pela companhia, deverá ser arquivado em sua sede. Contudo, a oponibilidade perante

terceiros está condicionada à averbação no livro de registros de ações nominativas. Segundo Borba (2004, p. 345):

O simples arquivamento na sede da sociedade não é, portanto, suficiente para alcançar terceiros, aos quais somente se opõem as obrigações e os ônus averbados nos registros. Inexistentes as averbações, a obrigação da sociedade, de observar o acordo, sucumbirá sempre que se defrontar com interesses de terceiros.

No mesmo sentido, Perri (1999, p. 63): “Sendo o pacto levado a registro na sede da empresa, a companhia terá que respeitá-lo em todos os seus termos, sob pena de não o fazendo poder ser tomada medida judicial cabível para exigir o fiel cumprimento”.

Nos termos do art. 118 da Lei das Sociedades Anônimas, o objeto do acordo de acionistas está restrito ao exercício do controle, ao exercício do direito de voto dos minoritários e à compra e venda preferencial de ação e de títulos e títulos conversíveis em ações e sobre venda e compra (acordo de bloqueio).

Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede.

Segundo Carvalhosa (2011, p. 91), com as alterações feitas pela Lei nº 6.404, de 1976, há no direito societário brasileiro três negócios jurídicos nominados, nitidamente distintos quanto ao seu objeto, função e efeitos perante a companhia, os acionistas e terceiros.

O acordo de maior relevância é aquele quem tem como objeto o controle da companhia ou para o exercício do controle. Em sequência, há o acordo de votos minoritários, o qual busca o exercício do direito de voto. Por último, o acordo de compra e venda de ações e títulos.

Conforme Carvalhosa (2011, p. 117), no acordo de controle existe uma unidade jurídica entre o estatuto da sociedade e o acordo, sendo assim, a companhia é parte substancial nesse acordo. Nessa modalidade, os acionistas que compõem o contrato formam uma comunhão para o exercício do controle. Tal espécie de acordo foi instituída pela Lei nº 10301, de 2001, trazendo o regime de *pooling agreement* (acordo de coparticipação).

De acordo com Borba (2004, p. 342): “Ao celebrar um acordo de acionistas sobre o exercício do direito de voto, criam as partes um sistema de poder que conduz ao controle comparti-

lhado".

Dessa forma, os acionistas convencionam realizar uma reunião prévia a cada deliberação atribuída aos órgãos sociais (conselho de administração, diretoria e assembleia geral). Em tal reunião, será decidido, ante a maioria absoluta dos acionistas, o direcionamento dos votos a serem proferidos em assembleia e a direção dos votos dos diretores e conselheiros representantes dos acionistas nas reuniões da diretoria e conselho de administração.

Isso posto, o controle comum vincula as partes à vontade majoritária obtida em reunião. Contudo, cabe salientar, a vinculação dos administradores com o exercício comum do controle se restringe, somente, a matéria extraordinária e relevante, mantendo-se a independência dos administradores quanto às matérias necessárias para gestão da companhia, ditas ordinárias.

Nesse sentido, Carvalhosa (2011, p. 118) leciona:

O vínculo se refere à condução política da empresa, ou seja, à direção do processo empresarial, a cargo dos controladores, e desde que expressamente previstas e exaustivamente elencadas tais matérias no texto do respectivo acordo de controle.

O acordo de voto minoritário, segundo o autor, reserva direitos próprios dos minoritários, o que o distingue do acordo de controle, o qual é reservado aos acionistas que detêm a maioria absoluta dos votos. O acordo de voto também pode ser constituído pelos acionistas titulares de ações preferenciais, desde que tenha por objeto matérias próprias das assembleias especiais referentes a essa classe.

Cabe salientar que o acordo de voto minoritário não vincula os administradores previstos nos parágrafos 8º e 9º do art. 118 da Lei das S/A, haja vista que tal vinculação é instrumento específico do poder de controle, busca a harmonia e a implementação do interesse social.

Ademais, não podem ser objeto do acordo de voto minoritário matérias que ultrapassem competência das assembleias gerais, visto que não tem direito de estabelecer e executar nenhuma política empresarial em relação à companhia. Nesse termo, Carvalhosa (2011, p. 119):

Portanto, não poderá o acordo de voto minoritário impor diretrizes aos membros dos órgãos de administração e, neles, aos administradores em minoria eleitos em decorrência desse mesmo acordo, que devem,

assim, manter absoluta independência no desempenho de suas funções legais e estatutárias.

Em contrapartida, matérias referentes ao exercício ou renúncia de direitos individuais podem ser objeto do acordo de voto dos minoritários, desde que preveja as matérias e eventos específicos em que tais direitos poderão ser exercidos.

Conforme Tomazette (2004, p. 344), o acordo de voto, tanto de controle quanto minoritário, busca a organização prévia da atuação dos contratantes nas assembleias gerais, não se tratando de venda de direito de voto, mas da organização do seu exercício.

A terceira modalidade de acordo de acionistas, denominada acordo de bloqueio, tem como objeto a compra e venda e preferência na aquisição de ações e de títulos ou direitos conversíveis em ações. De acordo com Carvalhosa (2011, p. 121), no que se refere à compra e venda de ações, está incluso qualquer ato voluntário que provoque a transferência de propriedade das ações. Dessa forma, estão incluídas a troca, doação e, ainda, a subscrição com a conferência de bens ao capital.

De modo mais específico, o objeto do acordo de bloqueio é a estipulação de preferência para aquisição das ações. A finalidade da preferência pode ser tanto a vantagem patrimonial, em relação a terceiros, quanto a manutenção do controle. Nesse sentido, dispõe Tomazette (2004, p. 343):

A finalidade dos acordos de bloqueio é a manutenção ou o aumento das proporcionalidades acionárias dos signatários do acordo, evitando o ingresso de estranhos na companhia, bem como evitando a modificação da participação dos contratantes.

Conforme Carvalhosa (2011, p. 122), nas companhias com controladores pode o acordo de bloqueio ter como finalidade a manutenção do equilíbrio dos grupos familiares nas companhias fechadas.

Dessa forma, tendo como finalidade a restrição da livre transmissibilidade das ações, o acordo pode ter como objeto não diretamente a alienação das ações, mas a exigência de prévio consentimento dos pactuantes para alienação das ações a terceiros. Contudo, tal convenção deverá ter uma cláusula liberatória, em outros termos, obrigação de aquisição das ações pelos signatários do acordo. Carvalhosa (2011, p. 123) leciona: “Assim, o valor e as condições da preferência devem ser rigorosamente aceitos pelos pactuantes credores de obrigação, idêntico ao obtido junto a terceiro”.

Conforme Borba (2004, p. 349), o acordo vincula seus signatários a uma prestação negativa, ou seja, impede a prática de um ato contrário ao estipulado no pacto e a uma prestação positiva, que é o adimplemento do contrato. Como disposto no art. 118, parágrafo 3º, da Lei das S/A, caso não cumpridas as obrigações, o acionista tem a prerrogativa de promover a execução específica: “§ 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas”.

Dessa forma, executar de forma específica significa buscar em juízo exatamente o que estava pactuado entre as partes, ou seja, se estava estipulado votar em determinado sentido, o Judiciário determinará que o voto seja computado dessa forma, já no acordo de compra e venda, há a adjudicação das ações (transferência).

Isso posto, percebe-se que o acordo de acionistas pode ser bastante eficaz para o planejamento sucessório na empresa familiar. Segundo Perri (1999, p. 63), ante as diversas formas de acordos, poderão os sócios disciplinar sobre exercício do direito de voto, forma de alienação de ações, preferência na aquisição das ações, forma de proceder à sucessão interna da empresa, ingresso de terceiros na companhia; bem como o exercício do poder de controle e eleição da diretoria.

De acordo com Carvalhosa (2011, p. 326):

Constitui, pois, o acordo de acionistas nas companhias fechadas, de instrumento legal e legítimo, muitas vezes necessário, à adequação dos interesses dos seus acionistas, ao mesmo tempo sociais e individuais, sendo meio eficaz de exercício de direitos por parte de seus signatários.

Por fim, afirma o autor que as normas legais que disciplinam a sociedade fechada são, frequentemente, insuficientes para assegurar a proteção e a tutela dos seus acionistas, e, para tanto, é fundamental disciplinar e ajustar suas relações por intermédio do acordo de acionistas (CARVALHOSA, 2011, p. 326).

Conclusão

Com o presente artigo se buscou abordar formas de realizar o planejamento da sucessão do sócio controlador de uma empresa familiar. A sucessão é uma fase inevitável da vida e traumática para aqueles que ficam, ainda mais quando o sucedido é fundador e controlador de uma empresa familiar.

As empresas fundadas e geridas por famílias ou grupos familiares dominam o cenário comercial nacional, sendo responsáveis por mais da metade do PIB nacional. No entanto, as empresas familiares ainda sofrem com a falta de profissionalismo dos seus gestores e um desses traços é a ausência do planejamento da sucessão do seu fundador.

Como abordado, a sucessão sem qualquer forma de planejamento por inúmeras vezes acaba surpreendendo os sucedidos, fazendo com que a fase sucessória acabe se tornando conturbada, na qual nem sempre o sucedido tem a capacidade de gerir a empresa ou sequer tem esse interesse; ainda é possível que surjam competições de poder e discussões quanto à divisão dos lucros.

Conforme pesquisado, menos de 15% das empresas familiares possuem algum tipo de plano quanto à sucessão do seu controlador e nem a metade das empresas guiadas por famílias chega a sua segunda geração. Ante o exposto, percebeu-se a importância do planejamento sucessório nas empresas familiares para que estas permaneçam em atividade.

Dessa forma, foram expostos três métodos através dos quais pode ocorrer a sucessão do controlador de forma eficiente. O primeiro modo exposto foi a sucessão testamentária, na qual o controlador da empresa pode dispor dos seus bens, preservando a legítima, como ato de última vontade, gerando assim tranquilidade quanto à propriedade do patrimônio. Entretanto, nessa forma de planejamento nada pode ser feito quando a gestão da sociedade não é plenamente eficaz.

Sendo assim, buscando maior eficiência, o segundo método abordado como meio de planejamento da sucessão foi a constituição de uma *holding* familiar. A constituição de uma *holding* objetiva antecipar todo o processo sucessório, podendo este ser orientado pelo próprio sucessor. Sendo assim, com a constituição da *holding*, o empresário tem a capacidade de entregar aos seus herdeiros as ações da forma mais proveitosa que entender. Ademais, a finalidade da *holding* é a manutenção majoritária das ações da companhia, fazendo com que o controle seja exercido de forma concentrada, afastando possível segmentação e enfraquecimento do controle em razão de diversas alienações.

Por fim, o terceiro método debatido como forma de planejamento sucessório foi o acordo de acionistas. O objeto do acordo de acionistas está restrito ao exercício do controle, ao exercício do direito de voto dos minoritários e à compra e venda preferencial de ação e de títulos e títulos conversíveis em ações e sobre venda e compra (acordo de bloqueio).

Sendo assim, por meio do acordo de controle se busca a organização prévia dos signatários na assembleia geral, ante o exercício do voto em conjunto ou, ainda, através do acordo de bloqueio é possível que se dê preferência para aquisição das ações, podendo-se ter como finalidade tanto a vantagem patrimonial, em relação a terceiros, quanto a manutenção do controle, provocando a manutenção do equilíbrio dos grupos familiares. Por fim, deduziu-se que o acordo de acionistas na sucessão do controlador é bastante vantajoso, tendo em vista que por meio dele é possível disciplinar sobre exercício do direito de voto, forma de alienação de ações, preferência na aquisição das ações, forma de proceder à sucessão interna da empresa, ingresso de terceiros na companhia; bem como o exercício do poder de controle e eleição da diretoria.

Ainda mais, tendo como objeto do presente artigo a sociedade anônima de capital fechado, concluiu-se que o acordo de acionistas se torna ainda mais pertinente para tal tipo societário, pois é uma forma de adequar os interesses sociais e individuais dos seus acionistas, os quais nem sempre são garantidos pela Lei das S/A.

Ante o exposto, concluiu-se que por meio da implementação dos mecanismos explicitados como forma de planejamento sucessório é viável garantir o sucesso das próximas gerações, bem como a continuidade da empresa familiar.

Referências

- ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1915.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- BOITEUX, Fernando Neto. **Acionista Controlador**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1985.
- BORBA, José Edvaldo Tavares. **Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 11 set. 2016.
- _____. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm>. Acesso em: 16 ago. 2016.
- CARVALHOSA, Modesto. **Acordo de Acionistas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

- GERSICK, Kelin J. **De Geração para Geração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- LEONE, Nilda Maria de Clodoaldo Pinto Guerra. **Empresa Familiar: desvendando competências, racionalidades e afetos**. São Paulo: Atlas, 2010.
- LODI, Edna Pires. **Holding**. 4. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Acionista Controlador na Lei das Sociedades por Ações**. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1979.
- MAMEDE, Gladson. **Empresas Familiares**: administração, sucessão e prevenção de conflitos entre sócios. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____. **Holding Familiar e suas Vantagens**: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MELO, Luisa F. No Brasil, empresas familiares cresceram mais que no mundo. **EXAME.com**, 9 jun. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/negocios/noticias/no-brasil-empresas-familiares-cresceram-mais-que-no-mundo>>. Acesso em: 12 out. 2016.
- MINHA BIBLIOTECA. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502207721/pageid/222>>. Acesso em: 12 out. 2016.
- OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Empresa Familiar: como fortalecer o empreendimento e otimizar o processo sucessório**. São Paulo: Atlas, 1999.
- _____. **Holding, Administração Corporativa e Unidade Estratégica de Negócio**: uma abordagem prática. São Paulo: Atlas, 1995.
- PERRI, Cláudia Haidamus. **Empresas Familiares**: Sucessão por ato inter vivos e causa mortis. A importância do acordo de acionistas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SEBRAESC. **No Brasil, 90% das empresas são familiares**. 3 de out. 2005. Disponível em: <<http://www.sebrae-sc.com.br/newart/default.asp?materia=10410>>. Acesso em: 13 de fev. de 2017
- SEBRAESP. **Sucessores devem ser preparados para assumir Empresa Familiar**. 27 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br/index.php/ouvidoria/42noticias/%20empreendedorismo/11552-sucessores-devem-ser-preparados-para-assumir-empresa-familiar>>. Acesso em: 12 out. 2016.
- TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Programa Minha Casa Minha Vida. Atraso na entrega. Caixa Econômica Federal. Illegitimidade.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LEGITIMIDADE DA CEF. AUSÊNCIA. AGENTE FINANCEIRO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se a Caixa Econômica Federal possui legitimidade para responder pelo atraso na entrega de imóvel financiado com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

2. O exame da legitimidade passiva da CEF está relacionado com tipo de atuação da empresa pública no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional, ora como agente meramente financeiro, em que não responde por pedidos decorrentes de danos na obra financiada, ora como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda, em que responde por mencionados danos. Precedente.

3. Para o fim de verificar o tipo de atuação da CEF e concluir pela sua legitimidade para responder por danos relativos à aqui-

sição do imóvel, devem ser analisar os seguintes critérios: i) a legislação disciplinadora do programa de política de habitacional; ii) o tipo de atividade por ela desenvolvida; iii) o contrato celebrado entre as partes e iv) a causa de pedir.

4. No caso dos autos, considerando-se que a participação da CEF na relação jurídica *sub judice* ocorreu exclusivamente na qualidade de agente operador do financiamento para fim de aquisição de unidade habitacional, a instituição financeira não detém legitimidade para responder pelo descumprimento contratual relativo ao atraso na entrega do imóvel adquirido com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente),

¹ Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/media-do/?componente=ITA&sequencial=1568600&num_registro=201501250728&data=20170214&formato=PDF>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA - Relator.

REsp nº 1.534.952 - SC (2015/0125072-8) - DJe 14/02/2017.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por MANOEL JOAQUIM FERNANDES, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Noticiam os autos que o recorrente ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra TERRA NOVA RODOBENS INCORPORADORA IMOBILIÁRIA - PALHOÇA III - SPE LTDA., RODOBENS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS S.A. e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF)

visando: i) a entrega das chaves do imóvel; ii) a suspensão da cobrança da taxa condominial e iii) a condenação solidária das réis ao pagamento de indenização por danos materiais (equivalentes ao valor das taxas de condomínio durante o período de atraso na entrega do imóvel, acrescido de R\$ 22.698,66) e morais.

O recorrente alega que em 14/8/2010 adquiriu junto à corré Ter-

ra Nova uma casa no Condomínio Moradas Palhoça III, empreendimento financiado pelo Programa Minha Casa Minha Vida, com previsão de entrega em agosto/2011. Contudo, até a data do ajuizamento da ação, 26/6/2013, o imóvel não havia sido entregue. Além disso, teve que suportar cobranças indevidas (seguro de obra, custas cartorárias cobradas em excesso, diferença de atualização de saldo devedor e taxa condominial durante o período de mora), gerando-lhe danos de ordem material e moral.

O magistrado de primeiro grau inicialmente concluiu pela ilegitimidade passiva da CEF em relação aos pedidos relacionados com os danos materiais, razão pela qual restou inviabilizada a análise de tais pleitos, sob pena de usurpação de competência da Justiça Estadual (art. 109, I, da CF). Quanto aos danos morais, considerou incontroverso o atraso de 8 (oito) meses na entrega do imóvel, entendendo configurado o dever de indenizar das corréis Terra Nova (incorporadora) e Rodobens (construtora) e que *"não há como atribuir essa responsabilidade à CEF"* (fl. 457 e-STJ).

Irresignadas, as partes apelaram.

O demandante requerendo, em síntese, o reconhecimento da legitimidade da CEF para responder a todos os pedidos formulados na inicial, e Terra Nova e Rodobens, a improcedência da ação.

Em decisão monocrática, o Desembargador Relator, reafir-

mando a ilegitimidade passiva da CEF, negou seguimento aos apelos e, de ofício, declarou a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação à CEF e a incompetência absoluta da Justiça Federal para conhecer e julgar esta causa, com a nulidade dos atos decisórios proferidos no feito e a determinação de sua remessa à Justiça estadual, com a seguinte fundamentação:

"...)

Em tal conformação, presente a teoria da asserção - segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas à luz do pedido e da causa de pedir deduzidos na petição inicial -, há de reconhecer-se a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal para responder a qualquer pretensão fincada nessa causa de pedir - atraso na construção/entrega da obra. É o caso dos autos.

Por corolário, deve o feito ser encerrado sem análise e julgamento do mérito, sob fundamento da incompetência do Juízo, com a nulidade dos atos decisórios proferidos neste feito e a determinação de sua remessa à Justiça Estadual" (fl. 565 e-STJ).

Ainda inconformado, o demandante interpôs agravo regimental, o qual não foi provido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em acórdão assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. MINHA CASA, MINHA VIDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS

DECORRENTES DE ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. ATUAÇÃO NA QUALIDADE DE OPERADOR FINANCEIRO.

1. Não se pode estender à Caixa Econômica Federal a responsabilidade civil que uma instituição financeira privada, nas mesmas circunstâncias, não teria. O fato de a empresa pública promover a gestão operacional dos recursos destinados à concessão de subvenção no âmbito do PNHU não a transforma per se em garante da construção e da tempestividade da entrega da obra. É a inteligência da legislação de regência (Lei nº 11.977/09 c/c Lei nº 12.424/11). Em tal conformação, presente a teoria da asserção - segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas à luz do pedido e da causa de pedir deduzidos na petição inicial -, há de reconhecer-se a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal para responder a qualquer pretensão fincada nessa causa de pedir - atraso na construção/entrega da obra.

2. Agravo improvido" (fl. 608 e-STJ).

No especial, o recorrente aponta divergência jurisprudencial e violação dos arts. 2º, I, e 9º da Lei nº 12.424/2011.

Aduz, em síntese, que pelo "fato da CEF atuar como agente financeiro gestor do Programa Minha Casa Minha Vida-PMCMV, evidente que possui legitimidade para responder à presente demanda, que versa sobre a responsabilidade pelo atraso na entrega do

imóvel adquirido nesta modalidade “ (fl. 628 e-STJ).

Acrescenta que “ *além de financiar a obra e viabilizar os subsídios conferidos pelo governo federal, conforme dicção da lei federal, a recorrida CEF atua como agente fiscalizador do empreendimento financiado pelo PMCMV e como tal, deve fiscalizar o cumprimento do prazo de entrega da obra* “ (fl. 628 e-STJ).

Após a apresentação de contrarrazões (fls. 760-770 e 773-783), na origem, o recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, a esta Corte Superior (fls. 712-713 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Cinge-se a controvérsia a definir se a Caixa Econômica Federal possui legitimidade para responder pelo atraso na entrega de imóvel financiado com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

1. Da legitimidade passiva do agente financeiro

A questão da legitimidade passiva da CEF para responder por vícios de construção foi enfrentada por esta Corte no julgamento do REsp nº 1.163.228/AM, Relatora Ministra Isabel Gallotti, oportunidade em foram traçadas as premissas necessárias para se aferir a legitimidade da referida instituição financeira, também

aplicáveis à hipótese de atraso na entrega de unidade habitacional.

Naquela ocasião, restou assentado que dada a variedade de linhas de financiamentos e a existência de contratos substancialmente diversos, o exame da legitimidade passiva da CEF está relacionado ao tipo de atuação da empresa pública no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional, ora como agente meramente financeiro, ora como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

O acórdão restou assim ementado:

“ RECURSOS ESPECIAIS. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SFH. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. SEGURADORA. AGENTE FINANCEIRO. LEGITIMIDADE.

1. A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a parte de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pes-

soas de baixa ou baixíssima renda.

2. Nas hipóteses em que atua na condição de agente financeiro em sentido estrito, não ostenta a CEF legitimidade para responder por pedido decorrente de vícios de construção na obra financiada. Sua responsabilidade contratual diz respeito apenas ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, à liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e à cobrança dos encargos estipulados no contrato. A previsão contratual e regulamentar da fiscalização da obra pelo agente financeiro justifica-se em função de seu interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de mútuo, sendo de se ressaltar que o imóvel lhe é dado em garantia hipotecária. Precedentes da 4ª Turma.

3. Caso em que se alega, na inicial, que o projeto de engenharia foi concebido e aprovado pelo setor competente da CEF, prevendo o contrato, em favor da referida empresa pública, taxa de remuneração de 1% sobre os valores liberados ao agente promotor e também 2% de taxa de administração, além dos encargos financeiros do mútuo.

Consta, ainda, do contrato a obrigação de que fosse colocada 'placa indicativa, em local visível, durante as obras, de que a construção está sendo executada com financiamento da CEF'. Causa de pedir deduzida na inicial que justifica a presença da referida empresa pública no polo passivo

da relação processual. Responsabilidade da CEF e dos demais réus que deve ser aferida quando do exame do mérito da causa.

4. Recursos especiais parcialmente providos para reintegrar a CEF ao polo passivo da relação processual. Prejudicado o exame das demais questões" (REsp 1.163.228/AM, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 9/10/2012, DJe 31/10/2012 - grifou-se).

Na hipótese em que a CEF atua **meramente como agente financeiro**, colhe-se do referido julgado que,

"(...)

Nesta hipótese, a ***instituição financeira só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que assume para com o mutuário referentes ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo, nas épocas e condições acordadas, tendo por contrapartida a cobrança dos encargos também estipulados no contrato.***

Figurando ela apenas como financiadora, em sentido estrito, não tem responsabilidade sobre a perfeição do trabalho realizado pela construtora escolhida pelo mutuário, não responde pela exatidão dos cálculos e projetos, e muito menos pela execução dos serviços desenvolvidos por profissionais não contratados e nem remunerados pelo agente financeiro" (grifou-se).

De fato, agindo puramente como gestora financeira, a Caixa Econômica Federal responde pelos encargos relativos ao exercício da atividade em si considerada, disponibilização de empréstimo em dinheiro para aquisição ou construção de imóvel, ou financiamento do empreendimento, nos limites da obrigação pactuada com o beneficiário do valor, mas não ostenta legitimidade para responder por pedido decorrente de danos relacionados à obra financiada.

Por outro lado, quando na condição de agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda, no mencionado voto destacou-se que

“(…)

As responsabilidades contratuais assumidas pela CEF variam conforme a legislação disciplinadora de cada um desses programas, o tipo de atividade por ela desenvolvida e o contrato celebrado entre as partes.

Será possível, então, em tese, identificar, a depender dos fatos narrados na inicial (causa de pedir), hipóteses em que haja culpa in eligendo da CEF na escolha da construtora, do terreno, na elaboração e acompanhamento do projeto etc.

Os papéis desenvolvidos em parceria pela construtora e pelo agente financeiro poderão, em alguns casos, levar à aparência de vinculação de ambos ao conjunto do 'negócio da aquisição da casa pró-

pria', podendo ensejar a responsabilidade solidária.

Ressalto que, ao meu sentir, o relevante para a definição para legitimidade passiva da instituição financeira não é propriamente ser o empreendimento de alta ou baixa renda e nem a existência, pura e simples, de cláusula, no contrato, de exoneração de responsabilidade. **O que importa é a circunstância de a CEF exercer papel meramente de instituição financeira, ou, ao contrário, haver assumido outras responsabilidades concernentes à concepção do projeto, escolha do terreno, da construtora, aparência perante o público alvo de co-autoria do empreendimento, o que deve ser apreciado consonante as circunstâncias legais e de fato do caso concreto.**

“(…)

Em síntese, diversamente do que ocorre quando atua como agente financeiro em sentido estrito, considero, em princípio, ter a CEF legitimidade para responder por vícios de construção nos casos em que promoveu o empreendimento, teve responsabilidade na elaboração do projeto com suas especificações, escolheu a construtora e/ou negociou os imóveis, ou seja, quando realiza atividade distinta daquela própria de agente financeiro estrito senso (cf. voto-vista proferido no Recurso Especial nº 738.071-SC, julgado em 9.8.2011, Quarta Turma, relator Min. Luis Felipe Salomão)” (grifou-se).

Em suma, para o fim de verificar o tipo de atuação da CEF e concluir pela sua legitimidade para responder por danos relacionados à aquisição do imóvel, devem ser levados em consideração os seguintes critérios: i) a legislação disciplinadora de cada um dos programas de política de habitação; ii) o tipo de atividade por ela desenvolvida; iii) o contrato celebrado entre as partes e iv) a causa de pedir.

2. Do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV)

No caso dos autos, o imóvel objeto do litígio foi adquirido com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

O Programa Minha Casa Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977/2009, tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais considerando a localização do imóvel – na cidade e no campo –, o seu valor e a renda familiar. Insere-se, à primeira vista, no contexto de uma política pública que busca promover acesso à moradia às famílias de baixa renda, mas também atende aos interesses políticos e econômicos ao alavancar o mercado financeiro, em especial o setor imobiliário e a construção civil.

O referido programa, gerido e regulamentado pelo Ministério das Cidades (art. 10 da Lei nº 11.977/2009) e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal (art. 9º da Lei nº 11.977/2009), confere ao cidadão de baixa ren-

da, além de benefício pecuniário, o acesso ao contrato de financiamento habitacional como meio de viabilizar a aquisição da casa própria.

Nesse cenário, a CEF tem papel fundamental na gestão operacional do Programa PMCMV, visto ser a responsável pela concessão do financiamento tanto ao usuário quanto às construtoras e incorporadoras e, a depender do tipo de operação, pela aprovação do projeto do ponto de vista técnico, jurídico e econômico-financeiro.

Logo, é possível afirmar que a CEF, **no âmbito do PMCMV, pode atuar tanto como agente meramente financeiro, quanto agente executor de políticas públicas.** Em algumas operações no âmbito do PMCMV, a CEF é a responsável pela seleção e contratação da empresa construtora, pela concepção e execução da obra, pela entrega dos imóveis concluídos e legalizados, além de liberar os recursos conforme o cronograma da obra, atuando verdadeiramente como um executor de políticas públicas. Em outras, a instituição financeira tão somente faz o repasse de recursos, seja para o adquirente do imóvel, seja para a construtora/incorporadora, exercendo estritamente a função de agente financeiro.

Ressalta-se, por fim, que as diversas linhas de atuação do PMCMV estão segregadas em faixas de rendas mensais. A Faixa 1 (até R\$ 1.800,00), a Faixa 1,5 (até R\$ 2.350,00), a Faixa 2 (entre R\$

2.351,00 e R\$ 3.600,00) e a Faixa 3 (de R\$ 3.600,00 até R\$ 6.500,00). Essa divisão se aproxima das faixas utilizadas para a estratificação do déficit habitacional calculado pela Fundação João Pinheiro em parceria com o Ministério das Cidades e é um importante critério utilizado pelo governo para criar estratégias para a alocação de recursos e para se atingir as principais metas do projeto.

Contudo, não é critério adequado para aferir a natureza da atuação da CEF como agente meramente financeiro ou como agente executor de políticas pública, por se tratar de análise que está muito mais ligada à função concretamente desempenhada pela instituição financeira no negócio contratado do que com o valor despendido na operação.

3. Do caso concreto

De início, cumpre destacar que a presente controvérsia gira em torno de pedido de indenização por atraso na entrega do imóvel, cuja obra foi financiada em caráter associativo pela CEF no âmbito do PMCMV, com a utilização de recursos do FGTS.

Da análise do *"Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo para Construção de Unidade Habitacional com Fiança, Alienação Fiduciária em Garantia e Outras Obrigações - Programa Nacional de Habitação Urbana - PNHU - Imóvel na Planta Associativo - Minha Casa Minha Vida - MCMV - Recursos do FGTS"* (fls. 108-141 e-STJ), celebrado entre o recorri-

do (comprador/devedor/fiduciante), a CEF (credora fiduciária), a Rodobens Negócios Imobiliário S.A. (na condição de interveniente construtora) e a Terra Nova Rodobens Incorporadora Imobiliária Palhoça III - SPE LTDA. (na condição de vendedora/entidade organizadora/ fiadora), **constata-se que a CEF não participou da realização da obra, mas atuou exclusivamente como agente financeiro que disponibilizou empréstimo em dinheiro para o adquirente do imóvel e também para a construção do empreendimento.**

A cláusula vigésima terceira do contrato apresenta as atribuições da entidade organizadora, na hipótese, Terra Nova Rodobens Incorporadora Imobiliária Palhoça III - SPE Ltda. (fl. 126 e-STJ), tais como promover a contratação da construtora, desenvolver todo o planejamento, elaboração e implementação do empreendimento, apresentar à CEF e aos adquirentes a evolução física da obra, entre outras, demonstrando que, de fato, o papel desempenhado pela CEF limitou-se ao agente financeiro.

A CEF, na função de agente financeiro, comprometeu-se tão somente a liberar recursos ao comprador da unidade habitacional e à entidade organizadora do empreendimento, conforme cronograma físico-financeiro. E nessa perspectiva, não se responsabilizou contratualmente pela entrega do imóvel dentro do prazo previsto no contrato, não havendo, inclusive na Lei nº 11.977/

2009, alterada pela Lei nº 12.424/2011, obrigação em tal sentido.

Nesse panorama, atuando como agente meramente financeiro, a CEF não detém legitimidade para responder pelo descumprimento contratual relativo ao atraso na entrega de imóvel adquirido com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

Por fim, considerando-se a cautela necessária no trato da coisa pública, conclusão

em sentido contrário se mostra temerária, pois seria como um aval à contumaz falta de pontualidade na entrega de obras pelas construtoras/incorporadoras.

4. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. É o voto.

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dra. MARCELA PORTELA NUNES BRAGA, pela parte RECORRIDA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

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 do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial representativo de controvérsia. Capitalização de juros. Pactuação.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA - ARTIGO 1036 E SEGUINTES DO CPC/2015 - AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS BANCÁRIOS - PROCEDÊNCIA DA DEMANDA ANTE A ABSVIDADE DE COBRANÇA DE ENCARGOS - INSURGÊNCIA DA CASA BANCÁRIA VOLTADA À PRETENSÃO DE COBRANÇA DA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS

1. Para fins dos arts. 1036 e seguintes do CPC/2015.

1.1. A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação.

2. Caso concreto:

2.1. Quanto aos contratos exibidos, a inversão da premissa firmada no acórdão atacado acerca da ausência de pactuação do encargo capitalização de juros em qualquer periodicidade demandaria a reanálise de matéria fática e dos termos dos contratos, providências vedadas nesta esfera recursal extraordinária, em virtude dos óbices contidos nos Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2.2. Relativamente aos pactos não exibidos, verifica-se ter o Tribunal *a quo* determinado a sua apresentação, tendo o banco-reu, ora insurgente, deixado de colacionar aos autos os contratos, motivo pelo qual lhe foi aplicada a penalidade constante do artigo 359 do CPC/73 (atual 400 do NCPC), sendo tido como verdadeiros os fatos que a autora pretendia provar com a referida documentação, qual seja, não pactuação dos encargos cobrados.

2.3. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível tanto a compensação de créditos quanto a devolução da quantia paga indevidamente, independentemente de comprovação de erro no pagamento, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito. Inteligência da Súmula 322/STJ.

2.4. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório. Inteligência da súmula 98/STJ.

2.5. Recurso especial parcialmente provido apenas para afastar a multa imposta pelo Tribunal *a quo*.

¹ Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/media-do/?componente=ITA&sequencial=1557393&num_registro=201301760262&data=20170313&formato=PDF>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

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, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.036, do Código de Processo Civil, firmou-se a seguinte tese repetitiva: “A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação”.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos, apenas quanto à redação da tese, os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Marco Aurélio Bellizze, Antonio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva.

Brasília (DF), 08 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

MINISTRO RAUL ARAÚJO, Presidente.

MINISTRO MARCO BUZZI, Relator.

REsp nº 1.388.972 - SC (2013/0176026-2) - DJe 13/03/2017

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por HSBC BANK BRA-

SIL S.A. - BANCO MÚLTIPLO, com fundamento no artigo 105, III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Na origem, USINAGENS CARNEIRO LTDA. - MICROEMPRESA, ajuizou **ação revisional de contratos de conta corrente, crédito e capital de giro c/c pedido de tutela antecipada de exibição de documentos**, em face da casa bancária, objetivando, em síntese, a revisão dos ajustes firmados entre as partes com a modificação dos encargos cobrados a título de juros remuneratórios, capitalização de juros e comissão de permanência, e a consequente repetição do indébito dos valores exigidos indevidamente e a maior.

O magistrado *a quo* indicou a necessidade de emenda à petição inicial (fl. 57), para o fim de adequá-la ao procedimento sumário, o que foi providenciado às fls. 60-63.

Deferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 65-73), determinando que a financeira ré apresentasse, no mesmo prazo para a resposta, todos os documentos relativos à relação negocial existente entre as partes, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), a incidir a partir do primeiro dia após a data designada para a realização da audiência.

Citado, o réu interpôs agravo de instrumento contra a deliberação liminar (fls. 82-99), requerendo a revogação da decisão

antecipatória e a suspensão da incidência da multa diária. O Tribunal Catarinense deferiu o efeito suspensivo ao recurso (fls. 314-318), bem ainda afastou a imposição da multa do artigo 461, § 4º do CPC/73 como sanção para a não exibição de documentos (fls. 322-325), afirmando ser essa medida inadequada, haja vista já existir na lei penalidade para o caso de não exibição documental, qual seja, a presunção a veracidade dos fatos que a parte requerente pretendia provar com tais documentos (artigo 359 do CPC/73).

Aberta a audiência e proposta a conciliação, esta restou inexitosa (fls. 114), tendo a parte demandada apresentado contestação (fls. 115-151), oportunidade na qual juntou documentos e requereu a dilação de prazo para exibição dos extratos relativos à conta corrente acostados às fls. 209-309.

Impugnação à contestação às fls. 339-351.

O juiz (fls. 353-356), afirmou a incidência do Código de Defesa do Consumidor à espécie, e asseverou a imprescindibilidade da juntada dos seguintes documentos, sob pena de incidência da penalidade do artigo 359, inciso I do CPC/73: a) Capital de Giro Fácil Premium nº 12830333837, b) Capital de Giro Fácil Global nº 12830343492, c) Produto FNB nº 12830345614, d) Produto FNB nº 12830349679, e) Capital de Giro Fácil Global nº 12830360060, f) Capital de Giro 130 e Outras Garantia P nº 12830364694, g) Capital de Giro Fácil Global nº 12830365585,

h) Capital de Giro Fácil Global nº 12830370333, i) ADP Conta Bamerindus Cliente-PJ nº 12830754168 e, j) Proposta de Abertura de Conta Corrente nº 1283-07541-68.

Às fls. 360-386, a financeira promove a juntada de documentação.

Sentenciado o feito, o magistrado *a quo* julgou parcialmente procedentes os pedidos formulado na inicial, tendo a parte dispositiva ficado assim redigida:

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados por Usinagens Carneiro Ltda em face de HSBC - Bank Brasil S/A - Banco Múltiplo e RESOLVO O MÉRITO, na forma do artigo 269, inciso I, do CPC, para declarar que:

1. Juros remuneratórios
 - a) Em relação aos contratos descritos nos itens 1 a 3 do tópico "Dos Contratos", é legal a exigência de juros remuneratórios no patamar em que contratados, desde que não ultrapassem a taxa média de mercado. Todavia, se os juros pactuados em algum destes contratos for superior, ficarão limitados à taxa média de mercado, divulgada pelo BACEN, no momento da contratação ou, na data, da operação, se prevista a incidência de juros flutuantes;
 - b) Em relação aos contratos descritos nos itens 4 a 15 (tópico "Dos Contratos"), aos quais se aplica o art. 359, do CPC (porque não juntados os pactos pela ré), os juros remuneratórios ficam necessariamente limitados à taxa

média de mercado, divulgada pelo BACEN, no momento da contratação.

2. Capitalização dos juros

a) Em relação aos contratos descritos nos itens 1 a 3 do tópico “Dos Contratos”, é permitida a exigência de juros capitalizados, desde que expressamente prevista a cobrança destes. Todavia, se não houver a indicação nos pactos, fica obstada a exigência dos juros sobre juros;

b) No tocante aos contratos descritos nos itens 4 a 15 (tópico “Dos Contratos”), por aplicação do art. 359, do CPC, é vedada a exigência de juros capitalizados.

3. Comissão de Permanência

a) Nos contratos descritos nos itens 1 a 3 do tópico “Dos Contratos” se houver expressa previsão da cobrança da comissão de permanência é permitida a exigência do encargo, ressaltando que a sua importância “não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja: a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite, de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do art. 52, § 1º, do CDC (REs n.1058114/RS), vedada a cumulação com quaisquer outros encargos. Todavia, se não houver previsão para cobrança da comissão de permanência, fica permitida apenas a exigência de juros remuneratórios limitados à taxa mé-

dia de mercado (se previstos), juntamente com multa contratual de 2% e juros de mora de 1% ao mês, vedada a cumulação com quaisquer outros encargos.

No tocante aos contratos descritos nos itens 4 a 15 (tópico “Dos Contratos”), por aplicação do art. 359, do CPC, fica permitida apenas a exigência da multa contratual de 2% e juros de mora de 1% ao mês, vedada a cumulação com outros encargos.

Limite a revisão dos contratos aos cinco anos anteriores à data de ajuizamento desta ação.

Havendo valores pagos indevidamente pela autora em razão dos encargos extirpados nesta sentença, deverão ser restituídos em dobro e compensados do novo saldo devedor, depois de atualizados de acordo com os mesmos critérios utilizados na sua formação. Tendo em vista a sucumbência mínima da requerente, conforme permissivo do artigo 21, parágrafo único, condeno o réu ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios do patrono autor, estes últimos fixados em 15% do valor da condenação, a ser apurado em liquidação de sentença, *ex vi* artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil.

Irresignada, a casa bancária interpôs apelação (fls. 407-417), à qual o Tribunal Catarinense desproveu, nos termos da seguinte ementa:

CONTRATOS BANCÁRIOS. Revisão. Parcial procedência. Insurgência do banco. Capitali-

zação mensal de juros. Falta de pactuação expressa. Comissão de permanência cumulada com outros encargos de mora ajustada em duas avenças. Repetição do indébito para evitar o enriquecimento sem causa. Prequestionamento. Litigância de má-fé. Inocorrência. Recurso desprovido.

Opostos embargos de declaração (fls. 447-449), foram rejeitados pelo acórdão de fls. 452-455, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 538, parágrafo único, do CPC/73.

Em suas razões de recurso especial (fls. 458-476), apontou a financeira, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 5º da MP 2.170-36/2001; 4º do Decreto 22.626/33 e 591 do Código Civil; 368, 884 e 887 do CC/02; e 538 do CPC/73.

Sustentou: **a)** a legalidade da capitalização mensal e anual de juros; **b)** a impossibilidade da repetição de indébito na forma simples e em dobro; e, **c)** o afastamento da multa aplicada.

Sem contrarrazões, e após decisão de admissão do recurso especial (fls. 496-497, e-STJ), os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

Julgando monocraticamente o reclamo, o e. Presidente do STJ à época, na deliberação de fls. 505-512, deu parcial provimento ao apelo especial, apenas para afastar a multa inserta no art. 538, parágrafo único, do CPC/73.

Irresignada a casa bancária interpos agravo regimental (fls. 516/

528 e-STJ), alegando, em síntese: a) a desnecessidade de expressa pactuação para cobrança da capitalização anual de juros, quanto foi admitida pelo art. 4º do Decreto nº 22.626/1933 e confirmada pelo art. 591 do CC; b) a legalidade da capitalização mensal de juros, sendo prescindível a análise de matéria fático-probatória, afastando, assim o óbice dos verbetes 5 e 7/STJ.

Ante as razões expendidas no reclamo e, em virtude da relevância do tema, procedeu-se à reconsideração/anulação do *decisum* de fls. 505-512, a fim de submeter o feito à apreciação do colegiado da Segunda Seção (fls. 531-532).

Em virtude de a questão alusiva à possibilidade de cobrança de capitalização anual de juros independentemente de expressa pactuação entre as partes revelar caráter representativo de controvérsia, o recurso especial fora afetado para julgamento perante a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015 pela decisão de fls. 538, oportunidade na qual determinou-se o encaminhamento de ofício aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça dos Estados a fim de que fosse suspensa a tramitação de outros recursos especiais que versem a sobre mesma matéria (art. 1037, II, do NCPC), facultando-lhes, ainda, a prestação de informações, no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do § 1º do art. 1.038 do CPC/2015.

Fora concedido vista ao Ministério Público Federal (art. 1.038, III, § 1º, do CPC/2015) para manifestação em 15 (quinze) dias e comunicados o Ministro Presidente e os demais integrantes da Egrégia Segunda Seção do STJ.

O Ministério Público Federal em petição de fls. 543-545 afirmou: “reserva-se o direito de aguardar a definição dos tribunais quanto ao fornecimento de informações, nos termos do art. 1038, § 1º, do CPC/2015, que certamente serão úteis à elaboração da manifestação ministerial”.

A DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO e a FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS - FEBRABAN, requereiram o ingresso no feito como *amicus curiae*, o que foi deferido consoante decisões de fls. 622 e 625.

Novamente intimado o Ministério Público Federal para parecer, consoante despacho de fls. 621, o Subprocurador-Geral da República exarou nota de ciente, sem nada requerer, nos termos da petição de ciência nº 00501367/2016 de fls. 632-636.

Manifestação da FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS - FEBRABAN às fls. 548-598.

Manifestação da DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO às fls. 649-665. Parecer do Ministério Público Federal às fls. 683-694.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

No presente reclamo, três são os pontos sobre os quais se

controverte a parte insurgente: **a)** a legalidade da capitalização mensal e anual de juros; **b)** a impossibilidade da repetição de indébito na forma simples e em dobro; e, **c)** a necessidade de afastamento da multa aplicada pelo Tribunal *a quo* ante a oposição de embargos de declaração considerados protelatórios.

Analisa-se, primeiramente a questão afeta à legalidade da cobrança do encargo capitalização de juros, por consistir na tese submetida a julgamento nos moldes de recurso repetitivo, nos termos dos artigos 1036 e seguintes do CPC/2015.

1. Inicialmente, destaca-se que “capitalização dos juros”, “juros compostos”, “juros frugíferos”, “juros sobre juros”, “anatocismo” constituem variações linguísticas para designar um mesmo fenômeno jurídico-normativo que se apresenta em oposição aos juros simples. Enquanto naqueles os juros se incorporam ao capital ao final de cada período de contagem, nesses tal não ocorre, por quanto incidem apenas sobre o principal corrigido monetariamente, isto é, não se agregam ao saldo devedor, ficando afastada assim a denominada capitalização, procedimento que converte o aludido acessório em principal.

Pontes de Miranda afirmava:

Dizem-se simples os juros que não produzem juros; juros compostos os que fluem dos juros. Se se disse ‘com os juros compostos de seis por cento’,

entende-se que se estipulou que o principal daria juros de seis por cento e sobre esses se contariam os juros de seis por cento ao ano' (= com capitalização anual). (MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, 3^a ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 24, 1984, p. 32).

Carlos Roberto Gonçalves explica:

"O anatocismo consiste na prática de somar os juros ao capital para contagem de novos juros. Há, no caso, capitalização composta, que é aquela em que a taxa de juros incide sobre o capital inicial, acrescido dos juros acumulados até o período anterior. Em resumo, pois, o chamado 'anatocismo' é a incorporação dos juros ao valor principal da dívida, sobre a qual incidem novos encargos." (Direito Civil Brasileiro. 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409).

Em brevíssimo retrospecto histórico, antes de analisar a regência legal da capitalização pelo ordenamento jurídico pátrio, anota-se que o Código Comercial (Lei 556 de 1850), no Título XI (Do Mútuo e dos Juros Mercantis), artigos 247 a 255, não admitia a capitalização, com exceção daquela em periodicidade anual, em conta-corrente, nos termos do artigo 253:

Art. 253 - É proibido contar juros de juros; esta proibição não comprehende a acumulação de juros vencidos aos saldos liqui-

dados em conta corrente de ano a ano.

Depois que em juízo se intenta ação contra o devedor, não pode ter lugar a acumulação de capital e juros.

O Código Civil brasileiro de 1916, externando sua postura liberal e patrimonialista, permitiu no art. 1.262 a livre pactuação do anatocismo:

Art. 1.262. É permitido, mas só por cláusula expressa, fixar juros ao empréstimo de dinheiro ou de outras coisas fungíveis.

Esse juros podem fixar-se abaixo ou acima da taxa legal (art. 1.062), com ou sem capitalização.

Esse dispositivo, contudo, foi revogado pelo art. 4º do Decreto nº 22.626/33 (Lei da Usura), que pretendeu limitar os excessos e abusos praticados na cobrança de juros. Em caráter excepcional, admitiu a mesma regra permissiva que já estabelecera anteriormente o Código Comercial, qual seja, a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos de conta-corrente ano a ano.

Art. 4º do Decreto nº 22.626/33 (Lei de Usura). É proibido contar juros dos juros: esta proibição não comprehende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Apenas para elucidar, a "Lei da Usura" é a denominação informal

atribuída, no Brasil, à legislação que definiu como sendo illegal a cobrança de juros superiores ao dobro da taxa legal ao ano (atualmente a taxa SELIC) ou a cobrança exorbitante que lance em risco o patrimônio, a estabilidade econômica e a sobrevivência pessoal de tomadores de empréstimos.

O histórico da interpretação jurisprudencial dada à referida legislação não tem trajetória pacífica, porém, entendeu o Supremo Tribunal Federal, em data de 13/12/1963, ter a referida legislação expressamente proibido o anatocismo, ainda que expressamente estipulado, firmando seu entendimento na súmula nº 121, assim disposta: “É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”.

Necessário ressaltar que a referida lei usurária é somente aplicável aos negócios jurídicos civis, não alcançando as instituições financeiras relativamente à limitação na cobrança dos juros remuneratórios, visto existir legislação específica e própria para regular a atuação dos bancos (Lei nº 4.595/64). Nessa medida, a Suprema Corte sumulou entendimento no sentido de que a Lei nº 4.595/64 derrogou a “Lei de Usura” no tocante ao limite da taxa de juros para instituições financeiras (súmula nº 596 - “As disposições do decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o sistema financeiro nacional”).

Entretanto, esse novo ordenamento modificou o entendimento até então existente acerca da proibição da capitalização de juros. Formou-se orientação no sentido de que **possível a cobrança de juros sobre juros quando existente autorização em lei especial** - como exemplo, citam-se os Decretos-lei nº 167/67 e 413/69 e a Lei nº 6840/80, legislações que disciplinam as cédulas de crédito rural, industrial e comercial - e, desde que, também, esteja o encargo pactuado. Nesse sentido foi editada a súmula nº 93 do Superior Tribunal de Justiça: “A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros”.

A existência de uma norma permissiva, portanto, é requisito necessário e imprescindível para a cobrança do encargo capitalização, porém não suficiente/basta, haja vista estar sempre atrelado ao expresso ajuste entre as partes contratantes, principalmente em virtude dos princípios da liberdade de contratar, da boa-fé e da adequada informação.

Nessa medida, como não havia legislação autorizando a prática para outras modalidades contratuais além daquelas aplicáveis a ajustes específicos (cédulas de crédito rural, industrial, comercial) foi publicada, em 31 de março de 2000, a MP nºº 1.963-17, que em seu artigo 5º, permitiu às instituições financeiras a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano:

Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros **com periodicidade inferior a um ano**.

Tomando por base a referida legislação, esta Corte Superior, inclusive, assentou entendimento, **nos moldes do art. 543-C do CPC/73**, no sentido de que é permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano em contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da MP 1.963-17/2000 (atual MP 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada, ou seja, para a sua cobrança é necessário o prévio ajuste entre as partes contratantes. (REsp nº 973.827/RS, 2ª Seção, Rel. p/ acórdão Min. Isabel Gallotti, DJe 24/9/2012)

Com essa ordem, foi editada recentemente a súmula 539/STJ, de seguinte teor: “É permitida a capitalização de juros com periodicidade inferior à anual em contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional a partir de 31/3/2000 (MP nº 1.963-17/2000, reeditada como MP nº 2.170-36/2001), desde que expressamente pactuada”.

Oportuno salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, na data de 04/02/2015, por sete votos a um, deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 592.377, reconhecendo, em repercussão geral, que o dispositivo da referida medida provisória assen-

tindo a capitalização mensal de juros no sistema financeiro, é constitucional.

Cronologicamente, em 23 de agosto de 2001, foi editada a MP nº 2.160-25, que autorizou o pacto de capitalização de juros em cédulas de crédito bancário nos termos do artigo 3º, § 1º, inciso I. Essa medida provisória foi posteriormente revogada pela Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, que em seu artigo 28, § 1º, inciso I, manteve a possibilidade de cobrança de juros sobre a dívida mediante prévio ajuste entre os contratantes:

Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculos, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

§1º Na Cédula de Crédito bancário poderão ser pactuados: I - os juros sobre a dívida, capitalizados ou não, os critérios de sua incidência e, se for o caso, a periodicidade de sua capitalização, bem como as despesas e os demais encargos de correntes da obrigação;

O Código Civil de 2002, que entrou em vigor em 11/01/2003, nos mesmos moldes do diploma civilista revogado, também admita a capitalização anual em seu artigo 591:

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presu-

mem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, **permitida a capitalização anual**.

Em se tratando, especificamente, de contrato bancário vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, regido por lei própria, notadamente a Lei nº 4.380/64, esta Corte Superior assentou entendimento, no bojo do Resp nº 1.070.297, julgado nos moldes do artigo 543-C do CPC/73, relator Ministro Luis Felipe Salomão, no sentido de que até a data da entrada em vigor da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, seria vedada a capitalização de juros, em qualquer periodicidade, não cabendo ao STJ analisar se a utilização do sistema da Tabela Price enseja ou não juros compostos.

Confira-se, por oportuno a ementa do referido acórdão:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS VEDADA EM QUALQUER PERIODICIDADE. TABELA PRICE. ANATOCISMO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7. ART. 6º, ALÍNEA "E", DA LEI Nº 4.380/64. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE LIMITAÇÃO.

1. Para efeito do art. 543-C: 1.1. Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price,

por força das Súmulas 5 e 7. 1.2. O art. 6º, alínea "e", da Lei nº 4.380/64, não estabelece limitação dos juros remuneratórios.

2. Aplicação ao caso concreto: 2.1. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido, para afastar a limitação imposta pelo acórdão recorrido no tocante aos juros remuneratórios.

(REsp 1.070.297/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/09/2009, DJe 18/09/2009)

Tal entendimento foi recentemente confirmado, em julgado da Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVERSIDADE. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO STJ Nº 8/2008. TABELA PRICE. LEGALIDADE. ANÁLISE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. APURAÇÃO. MATÉRIA DE FATO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS E PROVA PERICIAL.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. A análise acerca da legalidade da utilização da Tabela Price - mesmo que em abstrato - passa, necessariamente, pela constatação da eventual capitalização de juros (ou incidência de juros compostos, juros sobre juros ou anatocismo), que é questão de fato e não de direito, motivo pelo qual não cabe ao Superior Tribunal de Justiça tal apreciação, em razão dos óbices contidos nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

1.2. É exatamente por isso que, em contratos cuja capitalização de juros seja vedada, é necessária a interpretação de cláusulas contratuais e a produção de prova técnica para aferir a existência da cobrança de juros não lineares, incompatíveis, portanto, com financiamentos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação antes da vigência da Lei nº 11.977/2009, que acrescentou o art. 15-A à Lei nº 4.380/1964.

1.3. Em se verificando que matérias de fato ou eminentemente técnicas foram tratadas como exclusivamente de direito, reconhece-se o cerceamento, para que seja realizada a prova pericial.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido para anular a sentença e o acórdão e determinar a realização de prova técnica para aferir se, concretamente, há ou não capitalização de juros (anatocismo, juros compostos, juros sobre juros, juros exponenciais ou não lineares) ou amortização negativa, prejudicados os demais pontos trazidos no recurso.

(REsp 1124552/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/12/2014, DJe 02/02/2015)

Necessário referenciar que o tema relativo à utilização da *Tabela Price* nos contratos pertinentes ao SFH foi novamente colocado em pauta para deliberação por força da afetação em 26/10/2015, como recurso repetitivo, do REsp 951.894/DF, relatora Ministra Isabel Gallotti, objetivando discutir

“a existência de capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/33 na própria fórmula matemática da Tabela Price, o que implica, inevitavelmente, e em abstrato, a ilegalidade de seu emprego como forma de amortização de financiamentos no sistema jurídico brasileiro em contratos bancários diversos anteriores à edição da MP 1.963-17/00 e em financiamentos habitacionais anteriores à Lei 11.977/2009”. O citado recurso foi incluído para julgamento perante a Corte Especial em 16.11.2016, oportunidade em que se levantou questão de ordem relativa à própria afetação, estando pendente a deliberação, ante o pedido de vista formulado. Convém esclarecer, no particular, que, embora também relacionada à questão da capitalização, a temática ali afetada como repetitiva cinge-se à discussão acerca da existência de capitalização de juros vedada pelo Decreto 22.626/33 na própria fórmula matemática da *Tabela Price*.

Com a alteração legislativa operada pela Lei nº 11.977/2009, acrescentou-se à Lei nº 4.380/64 a **autorização para a pactuação** e consequente cômputo capitalizado de juros em periodicidade mensal:

Art. 15-A. É permitida a pactuação de capitalização de juros com periodicidade mensal nas operações realizadas pelas entidades integrantes do Sistema Financeiro da Habitação - SFH.
(Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)

§ 1º No ato da contratação e sempre que solicitado pelo devedor será apresentado pelo credor, por meio de planilha de cálculo que evidencie de modo claro e preciso, e de fácil entendimento e compreensão, o seguinte conjunto de informações: (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)

I – saldo devedor e prazo remanescente do contrato; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009)

II – taxa de juros contratual, nominal e efetiva, nas periodicidades mensal e anual; (Incluído pela Lei nº 11.977, de 2009) (...)

A percepção sobre o tema firmado no repetitivo, no entanto, foi reinterpretada no âmbito da **Segunda Seção** quando do julgamento do Resp nº 1.095.852/PR, relatora Ministra Maria Isabel Gallotti, oportunidade na qual se afirmou que a validade da capitalização **anual independe de expressa pactuação**, por constituir regra geral aplicável a todos os mútuos bancários, ou seja, incluindo aqueles que não eram contemplados com autorização legal específica para a capitalização em intervalo inferior (à exceção dos contratos açambarcados pela súmula 93/STJ), ainda que em período anterior à edição da MP nº 1.963-17/2000.

Eis a ementa do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SFH. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. EN-

CARGOS MENSAIS. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO. ART. 354 CC 2002. ART. 993 CC 1916.

1. Interpretação do decidido pela 2ª Seção, no Recurso Especial Repetitivo 1.070.297, a propósito de capitalização de juros, no Sistema Financeiro da Habitação.

2. Segundo o acórdão no Recurso Repetitivo 1.070.297, para os contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação até a entrada em vigor da Lei 11.977/2009 não havia regra especial a propósito da capitalização de juros, de modo que incidia a restrição da Lei de Usura (Decreto 22.626/33, art. 4º).

Assim, para tais contratos, não é válida a capitalização de juros vencidos e não pagos em intervalo inferior a um ano, permitida a capitalização anual, regra geral que independe de pactuação expressa. Ressalva do ponto de vista da Relatora, no sentido da aplicabilidade, no SFH, do art. 5º da MP 2.170-36, permissivo da capitalização mensal, desde que expressamente pactuada. (...)

5. Recurso especial provido.
(REsp 1095852/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/03/2012, DJe 19/03/2012)

Naquela oportunidade, a e. Ministra Gallotti para fundamentar seu voto, valeu-se do precedente firmado no EREsp nº 917.570/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, julgado em 04.08.2008, no qual se assentou **ser possível a cobrança da capitalização anual em contratos de cartão de crédito, em que pese o entendimento até então prevale-**

lente no sentido de que apenas poderiam ser cobrados juros compostos em conta-corrente. Assim, alargaram-se as modalidades nas quais seria viável a cobrança do encargo, porém, não se estipulou fosse essa cobrança aplicável indistintamente aos mútuos em geral, tampouco que pudesse ser ela automática, independentemente de prévio ajuste entre as partes.

É imprescindível anotar que o precedente firmado no Resp nº 1.095.852/PR, Rel. Ministra Gallotti, julgado em 19.03.2012, não logrou modificar a compreensão assentada no Resp nº 1.070.297/PR, julgado sob o regime do artigo 543-C do CPC/73, pois a modificação do repetitivo, segundo imperativo lógico, há de se dar consoante o mesmo procedimento específico, a fim, inclusive, de servir e nortear os Tribunais de origem.

O art. 5º da Resolução nº 8/2008, que regulamentava os processos repetitivos no âmbito do STJ disciplinava que, uma vez publicado o acórdão do julgamento do recurso especial pela Seção ou pela Corte Especial, os demais recursos especiais fundados em idêntica controvérsia, se já distribuídos, seriam julgados pelo relator, nos termos do art. 557 do Código de Processo Civil/73; se, ainda não distribuídos, seriam julgados pela Presidência, nos termos da Resolução nº 3, de 17 de abril de 2008; se sobrestados na origem, teriam seguimento na forma prevista nos §§ 7º e 8º do

art. 543-C do Código de Processo Civil/73.

Esse procedimento não teve mudanças substanciais com a entrada em vigor no CPC/2015, consante se depreende dos inciso I, II e III do artigo 1040.

Portanto, para efeito do procedimento a ser realizado nos Tribunais de origem, julgado o recurso especial piloto, tem-se uma decisão a ser aplicada aos feitos suspensos que aguardam solução da controvérsia. Se a decisão atacada coincidir com a conclusão a qual chegou o STJ, não será dado provimento ao recurso, mas se houver contraposição entre o acórdão recorrido e o entendimento do STJ, serão novamente apreciados pela Corte local, devendo haver a reconsideração/retratação da decisão para ajustá-la à orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, obedecendo a inteligência do já mencionado art. 543-C do CPC/73 e atual artigo 1040 do CPC/2015.

Em que pese o diferenciado entendimento adotado no Resp nº 1.095.852/PR no tocante ao tema da capitalização de juros na modalidade anual, afirmando a desnecessidade de prévio ajuste, tal orientação, até o julgamento do **AgRg no Aresp 429029, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/03/2016, REPDRJ 18/04/2016, DJe 14/04/2016 - no qual constatada a imprescindibilidade de expressa pactuação para a**

cobrança do encargo capitalização de juros independentemente da periodicidade -, estava sendo aplicada no âmbito restrito desta Segunda Seção às hipóteses específicas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, consoante restou demonstrado naquele julgado.

Confira-se, por oportuno, a ementa do julgado proferido no **AgRg no Aresp 429029**, no bojo do qual restou delineado o entendimento desta Segunda Seção sobre a matéria atinente à impossibilidade de cobrança da capitalização anual de juros independentemente de expressa pactuação:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS - SEGUNDA FASE - REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO NÃO EXIBIDO - TRIBUNAL A QUO QUE AFIRMA SER NECESSÁRIA A EXPRESSA PACTUAÇÃO PARA A COBRANÇA DO ENCARGO CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - IRRESIGNAÇÃO DA CASA BANCÁRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO - ÓRGÃO COLEGIADO DA QUARTA TURMA AFETANDO O JULGAMENTO DO RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL À SEGUNDA SEÇÃO.

Hipótese: Possibilidade de cobrança de capitalização anual de juros independentemente de expressa pactuação entre as partes 1. A despeito de a demanda ter se iniciado como ação de prestação de contas, o feito já está em sua segun-

da fase procedural, na qual prepondera verdadeira pretensão revisional do contrato. Não tendo qualquer das partes promovido irresignação sobre esse ponto, inviável é a extinção da demanda, sob pena de violação ao princípio da non reformatio in pejus.

2. A capitalização de juros consiste na incorporação dos juros ao capital ao final de cada período de contagem.

3. O retrospecto histórico do ordenamento jurídico pátrio acerca da regência legal da capitalização de juros denota que desde tempos remotos é proibido contar juros sobre juros, permitida a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

4. Com a evolução, passou-se a admitir a cobrança de juros sobre juros em contratos outros, desde que houvesse lei especial regulatória, bem ainda, prévio ajuste do encargo.

5. Tendo em vista que nos contratos bancários é aplicável o Código de Defesa do Consumidor (súmula 297/STJ), a incidência da capitalização anual de juros não é automática, devendo ser expressamente pactuada, visto que, ante o princípio da boa-fé contratual e a hipossuficiência do consumidor, esse não pode ser cobrado por encargo sequer previsto contratualmente.

6. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior é no sentido de que a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação. Precedentes.

7. Na hipótese, não colacionado aos autos o contrato firmado entre as partes, inviável presumir o ajuste do encargo.
8. Agravo regimental desprovisto.
(AgRg no AREsp 429.029/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/03/2016, REPДJe 18/04/2016, DJe 14/04/2016)

Não é demais anotar, também, que o conceito acerca do que seja considerado “**expressa pactuação**” foi novamente redimensionado. No bojo do REsp nº 973.827/RS, representativo da controvérsia, Relatora para o acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 8/8/2012, DJe 24/9/2012, afirmou-se que “a previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada”. Neste precedente não houve qualquer deliberação no sentido de que o encargo poderia ser cobrado independentemente de pactuação clara e expressa.

Neste julgamento, igualmente, não se afirmou a possibilidade de cobrança de capitalização de juros, independentemente da periodicidade, sem que houvesse pactuação entre as partes. Da fundamentação do voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, relatora para acórdão extrai-se o seguinte:

“A pacífica jurisprudência do STJ comprehende que a ressal-

va **permite a capitalização anual** como regra aplicável aos contratos de mútuo em geral. Assim, **não é proibido contrar juros de juros em intervalo anual**; os juros vencidos e não pagos **podem** ser incorporados ao capital uma vez por ano para sobre eles incidirem novos juros (Segunda Seção, EREsp. 917.570/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe 4.8.2008 e REsp. 1.095.852-PR, de minha relatoria, DJe 19.3.2012)”. (grifos nossos)

Em data de 02/12/2014, no âmbito da Terceira Turma desta Corte Superior, diante de pedido de destaque formulado pelo e. Ministro Marco Aurélio Bellizze no bojo do **AgRg no Aresp nº 340987/SC**, de relatoria do Ministro Vilas Bôas Cueva, reautuado como Resp nº 1.505.478, aquele colegiado decidiu acolher agravo regimental e converter o recurso em especial para julgamento pela Turma em razão de **vislumbrar divergência na jurisprudência desta Corte Superior acerca da necessidade ou não de pactuação da capitalização anual de juros para contratos alheios ao Sistema Financeiro da Habitação**. Referido reclamo, no entanto, fora julgado monocraticamente aplicando ao caso o entendimento mais recente do STJ que consolidou-se no sentido da exigência da pactuação expressa da capitalização anual, em razão de sua incidência não ser automática, tendo transitado em julgado.

Pois bem, após o panorama traçado, é inegável que a capita-

lização, seja em periodicidade anual ou ainda com incidência inferior à ânua - cuja necessidade de pactuação, aliás, é firme na jurisprudência desta Casa -, não pode ser cobrada sem que tenham as partes contratantes, de forma prévia e tomando por base os princípios basilares dos contratos em geral, assim acordado, pois a ninguém será dado negar o caráter essencial da vontade como elemento do negócio jurídico, ainda que nos contratos de adesão, uma vez que a ciência prévia dos encargos estipulados decorre da aplicação dos princípios afetos ao dirigismo contratual.

De fato, sendo pacífico o entendimento de que a capitalização inferior à anual depende de pactuação, outra não pode ser a conclusão em relação àquela em periodicidade ânua, sob pena de ser a única modalidade (periodicidade) do encargo a incidir de maneira automática no sistema financeiro, embora inexistente qualquer determinação legal nesse sentido, pois o artigo 591 do Código Civil apenas permite a capitalização anual e não determina a sua aplicação automaticamente.

Impende ressaltar que, a despeito da incidência do diploma consumerista aos contratos entabulados com instituições financeiras e a previsão na Lei nº 8.78/90, artigo 47, de que **as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor**, o próprio Código Civil de 2002 preleciona no artigo 423 do Código Civil que

“quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Por estas razões, em não havendo expressa pactuação do encargo, a sua cobrança é obstada, principalmente porque pela simples leitura dos preceitos legais incidentes à espécie, notadamente o art. 4º do Decreto 22.626/1933 e o art. 591 do Código Civil de 2002, é irrefutável que os dispositivos aludem a que os contratantes **permitem/assentem/autorizam/consentem/concordam** com o cômputo anual dos juros. Entretanto, **não afirmam, nem sequer remota ou implicitamente, que a cobrança do encargo possa se dar automaticamente, ou seja, não determinam que a arrecadação seja viabilizada por mera disposição legal (*ope legis*), pois se assim fosse teriam os julgadores o dever de, inclusive de ofício, determinar a incidência do encargo, ainda que ausente pedido das partes.**

Portanto, **inegável que a presunção à qual alude o artigo 591 do Código Civil diz respeito, tão somente, aos juros remuneratórios incidentes sobre o mútuo feneratício, ou seja, sobre aqueles recebidos pelo mutuante como compensação pela privação do capital emprestado. Essa pressuposição, no entanto, não é transferida para a parte final do referido dispositivo, pois a capitalização de juros é permitida em inúmeros diplomas normativos**

em periodicidades distintas (mensal, semestral, anual), e não é pela circunstância de a lei autorizar a sua cobrança que será automaticamente devida pelo tomador do empréstimo em qualquer dessas modalidades.

O legislador ordinário, atento às perspectivas atuais, procurou tratar o mútuo de forma substancialmente renovada - no Código Civil de 1916 o contrato de empréstimo era, em regra, gratuito, sendo a sua onerosidade excepcional - , hoje, os juros presumem-se devidos se o mútuo tiver destinação e finalidade econômica, podendo referir-se tanto a suprimento de dinheiro como de coisas fungíveis. Não ousou o legislador proibir que as partes convencionassem a não incidência de juros se assim expressamente acordassem.

Ora, se a norma não obrigou/determinou, mas apenas presumiu (salvo estipulação em contrário) a incidência de juros, inviável estender essa assertiva para a periodicidade deste encargo. Certamente, seria um contrassenso admitir que as partes expressamente ajustassem a não incidência de juros (contrato gratuito) mas a lei determinasse/impusesse a cobrança da capitalização de juros, ainda que na periodicidade anual.

Isto porque, o direito de livre contratar é expressão maior do ideário burguês pós-revolucionário e constitui um princípio vinculado à noção de liberdade e igualdade presente na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

À pessoa humana, enquanto ser dotado de personalidade e como cidadão livre, é dado pactuar nas condições que julgar adequadas, contratando como, com quem e o que desejar, inclusive dispondo sobre cláusulas, firmando o conteúdo do contrato e criando, em dadas vezes, novas modalidades contratuais (contratos atípicos).

Além do princípio da autonomia da vontade, a boa fé contratual, vinculada ao dever de informar - principalmente nos contratos bancários sobre os quais é inegável a incidência do Código de Defesa do Consumidor (súmula 297/STJ) - , constitui um dos pilares do contrato, verdadeiro elemento norteador do negócio jurídico.

A doutrinadora Cláudia Lima Marques, em conhecida obra sobre o Código do Consumidor, afirma que um dos mais importantes deveres do fornecedor é o de informar, por quanto é neste momento que o contratante, ao tomar conhecimento do conteúdo do contrato e apreciar as consequências de sua declaração, poderá decidir-se. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1999, p. 111).

Nesse sentido, **o contrato deve retratar uma situação de coordenação, jamais uma relação de subordinação entre as partes, mormente quando o ordenamento jurídico normativo não impõe a contratação de juros sobre juros, tampouco categorica-**

mente afirma posição imperativa quanto a sua contratação.

Corroborando essa compreensão, verifica-se ter esta Corte Superior entendimento **agora específico** no sentido de que **a capitalização anual de juros somente pode ser admitida quando haja expressa pactuação entre as partes**, o que não se afasta da compreensão estabelecida pelo artigo 591 do Código Civil no sentido de que “destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406”, taxa esta que no entendimento do STJ não vincula, em particular, as instituições financeiras, porquanto para estas, os juros remuneratórios, quando não tenham sido previamente ajustados, ficam limitados à média dos juros praticados no mercado.

Nesse sentido, cito inúmeros precedentes de ambas as Turmas de direito privado desta Corte Superior:

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE PACTUAÇÃO EXPRESSA. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA AO DO STJ. SÚMULA 83/STJ. TARIFAS ADMINISTRATIVAS. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA AO DO STJ. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS NOVOS CAPAZES DE DERRUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(AgRg no REsp 1503237/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016)

AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. 1. AÇÃO REVISORIAL DE CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. NECESSIDADE DE EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. COMPREENSÃO FIRMADA PELA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE.

2. ALEGAÇÃO NÃO ENFRENTEADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. 3. RECURSO IMPROVIDO.
1. A Segunda Seção desta Corte, no julgamento do AgRg no AREsp nº 429.029/PR, decidiu que a cobrança da capitalização anual de juros nos contratos bancários depende de previsão contratual expressa.

2. A análise de questão formulada no recurso especial somente é possível nesta Casa se constatado o devido prequestionamento, o que não se verifica na hipótese. Incidência do enunciado nº 282 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicável por simetria.

3. Agrado interno a que se nega provimento.
(AgInt no REsp 1502771/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/08/2016, DJe 30/08/2016)

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO

INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. PACTUAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE. SÚMULA N° 83/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DENTRO DOS PARÂMETROS DA RAZOABILIDADE. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N° 7/STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Conforme a orientação firmada pela Segunda Seção desta Corte, “a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação” (AgRg no AREsp 429.029/PR, Relator Ministro MARCO BUZZI, julgado em 9/3/2016, REPДJe 18/4/2016, DJe 14/4/2016).

2. Consoante a jurisprudência desta Corte, somente em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor dos honorários advocatícios fixada na origem, é possível afastar o óbice da Súmula nº 7/STJ para o reexame em recurso especial. No caso, o valor estabelecido pelo Tribunal de origem não se mostra excessivo, a justificar sua reavaliação.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1479739/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 16/06/2016, DJe 23/06/2016)

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CONTA CORRENTE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS.

AUSÊNCIA DE EXPRESSA PACTUAÇÃO. VEDAÇÃO EM QUALQUER PERIODICIDADE. RECURSO ESPECIAL. PRETENSÃO À INCIDÊNCIA DO ENCARGO INDEPENDENTEMENTE DE PACTUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DO STJ.

1. A jurisprudência consolidada nesta Corte Superior é de que a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação. Entendimento sedimentado pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no Aresp nº 429.029/PR, Relator Ministro MARCO BUZZI, julgado em 9/3/2016, por acórdão ainda pendente de publicação.

2. Constatada pela instância de origem a inexistência de pactuação de capitalização dos juros no contrato, devida à exclusão do encargo. Decisão agravada mantida.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1460897/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 04/05/2016)

AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PACTUAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE. TAXAS E TARIFAS BANCÁRIAS. INVIABILIDADE NA ESPÉ-

CIE ANTE A AUSÊNCIA DE CÓPIA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL FIRMADO ENTRE AS PARTES. SÚMULAS 05 E 07/STJ.
INCIDÊNCIA. 1. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação neste sentido. 2. A ausência do contrato nos autos impossibilitou as instâncias ordinárias de analisar eventual abusividade na cobrança das tarifas bancárias em relação à média de mercado. Por esta razão, fica afastada a cobrança por quanto rever a conclusão do Tribunal de origem ensejaria a reapreciação do conteúdo fático-probatório dos autos, vedada pela Súmula 7 do STJ. 3. Decisão recorrida que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista a ausência de argumentos novos aptos a modificá-la. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.468.817/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 16/09/2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. CARTEIRA HIPOTECÁRIA. OPERAÇÃO DE “FAIXA LIVRE”. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. POSSIBILIDADE.

- A “faixa livre” compõe uma das categorias em que as entidades integrantes do Siste-

ma Brasileiro de Poupança e Empréstimo podem destinar os recursos captados em depósitos de poupança.

- Os recursos destinados a operações de “faixa livre” não se encontram vinculados ao SFH, de sorte que não se lhes pode aplicar a legislação especial que regula essa modalidade de contratos, mas sim a Lei nº 4.595/64.

- Nos contratos firmados por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional anteriormente à edição da MP nº 1.963-17/00 (reeditada sob o nº 2.170-36/01), é permitida a capitalização anual dos juros, desde que expressamente pactuada.

Embargos de declaração aco-

lhidos.
(EDcl no REsp 436.842/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/08/2007, DJ 24/09/2007, p. 287)

AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. SEGUNDA FASE. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. IMPUTAÇÃO DO PAGAMENTO. ART. 354 DO CC/2002. CONCLUSÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO CALCADO EM PROVA PERICIAL. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. CAPITALIZAÇÃO ANUAL. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A revisão da questão relativa à imputação do pagamento, no presente caso, demandaria o revolvimento de matéria probatória, interditada nesta sede recursal por força do óbice contido na Súmula 7/STJ.

2. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação neste sentido.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 457.312/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/05/2014, DJe 16/05/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISORIAL. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. De acordo com o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, a pactuação da capitalização dos juros é exigida inclusive para a periodicidade anual.

2. O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1417659/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 13/03/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DOS JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO EXPRESSA. SÚMULA STJ/83.

1. É permitida a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos bancários firmados com instituições financeiras, quando houver expressa pactuação neste sentido. Precedentes.

2. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 442.971/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 13/03/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7 DESTA CORTE.

1. Tendo o acórdão reconhecido a ausência de expressa pactuação a respeito da capitalização mensal de juros, não há como acolher a pretensão do banco recorrente, ante o óbice das Súmulas 05 e 07 do Superior Tribunal de Justiça.

2. De acordo com o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, a pactuação da capitalização dos juros é exigida inclusive para a periodicidade anual.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.250.497/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/09/2012, DJe 10/10/2012)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISORIAL.

NAL. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. DECISÃO AGRAVA- DA MANTIDA.

1. De acordo com o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, a pactuação da capitalização dos juros é exigida inclusive para a periodicidade anual.

2. O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.417.659/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 13/03/2014)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DOS JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO EXPRESSA. SÚMULA STJ/83.

1. É permitida a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos bancários firmados com instituições financeiras, **quando houver expressa pactuação neste sentido**. Precedentes.

2. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp 442.971/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 13/03/2014)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE

JUROS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. A capitalização anual de juros em contratos bancários já era possível, mesmo em contratos anteriores à edição da MP 1.963-17/2000, desde que pactuada, com fundamento nos arts. 591 CC (1.262 do CC/1916) e 4º do DL 22.626/33.

2. Embargos declaratórios acolhidos.

(EDcl nos EDcl no REsp 749.867/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 04/11/2010)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. PERIODICIDADE ANUAL. ART. 591 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PREVISÃO CONTRATUAL. NECESSIDADE.

1. É permitida a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos bancários firmados com instituições financeiras, quando houver expressa pactuação neste sentido, circunstância não ocorrente na espécie.

2. Agravo interno desprovido.

(AgRg no REsp 1.246.559/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 01/08/2011)

Assim, tendo em vista que nos contratos bancários é aplicável o Código de Defesa do Consumidor (súmula 297/STJ), a incidência da capitalização de juros, em qualquer periodicidade - na hipótese, a anual - não é automática, devendo ser

expressamente pactuada, visto que, ante o princípio da boa-fé contratual e a hipossuficiência do consumidor, esse não pode ser cobrado por encargo sequer previsto contratualmente.

Ademais, não é possível presumir a pactuação quando não colacionado aos autos o contrato entabulado entre as partes, nos termos do artigo 359 do CPC/73, atual 400 do CPC/2015, pois ausente a cópia do contrato por omissão imputável à instituição financeira, de modo a impedir a aferição da existência de pactuação do encargo, impositivo observar o critério legalmente estabelecido, sendo tido como verdadeiros os fatos que o consumidor pretendia provar com a referida documentação, qual seja, a não pactuação ou abusividade dos encargos cobrados.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. PROCESUAL CIVIL E CIVIL. CONTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. JUNTADA DO CONTRATO. AUSÊNCIA. ART. 359/ CPC/1973. EFEITOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. JUROS DE MORA. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. MULTA MORATÓRIA. PACTUAÇÃO. NECESSIDADE.

1. Controvérsia limitada a definir se a falta de exibição do contrato pela instituição financeira impede ou não a cobrança dos encargos decorrentes da mora (multa moratória e juros de mora), à luz do disposto no art. 359 do CPC/1973.

2. Necessidade de aferir se a incidência dos consectários da mora depende de expressa pactuação entre as partes ou se decorre da própria lei e/ou da natureza do contrato.

3. Independentemente de pactuação entre as partes contratantes, os juros moratórios, por expressa imposição legal, são devidos em caso de retardamento na restituição do capital emprestado, decorrendo sua exigibilidade, atualmente, da norma prevista no art. 406 do Código Civil.

4. Ausente a cópia do contrato por omissão imputável à instituição financeira, de modo a impedir a aferição do percentual ajustado e da própria existência de pactuação, impõe-se observar o critério legalmente estabelecido.

5. No período anterior à vigência do novo Código Civil, os juros de mora são devidos à taxa de 0,5% ao mês (art. 1.062 do CC/1916); após 10/1/2003, devem incidir segundo os ditames do art. 406 do Código Civil de 2002, observado o limite de 1% imposto pela Súmula nº 379/STJ, salvo se a taxa cobrada for mais vantajosa para o devedor.

6. A multa moratória, espécie de cláusula penal (ou pena convencional), é estipulada contra aquele que retarda o cumprimento do ato ou fato a que se obrigou, dependendo sua exigibilidade, portanto, de prévia convenção contratual.

7. Somente a juntada do contrato permitiria inferir se houve ou não ajuste quanto à cobrança da multa moratória, de modo que, se a instituição financeira

não se desincumbiu desse mister, presumem-se verídicos os fatos alegados pela parte.

8. Recurso especial provido. (REsp 1431572/SC, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2016, DJe 20/06/2016)

AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. DEVER DE EXIBIÇÃO. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ART. 359 DO CPC. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. RECURSO IMPROVIDO. (...)

2. Em ação de exibição incidental de documentos, ante a não apresentação de documento, é possível presumir a veracidade ficta do fato que se pretendia comprovar, a teor do art. 359 do CPC, cujos efeitos serão analisados pelo juiz da causa com base no conjunto de provas constantes dos autos. Incidência da Súmula nº 83/STJ.

3. Agrado regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 809.810/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 03/02/2016)

Nessa medida, para a formação do precedente em recurso repetitivo, afirma-se a seguinte tese: **“A cobrança de juros ca-**

pitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação”.

É como voto.

2. Análise do caso concreto

2.1. No presente caso, o Tribunal de origem assentou que **nos contratos apresentados, a capitalização de juros não foi prevista, bem ainda ser inviável presumir o ajuste do encargo nas avenças não exibidas.**

Confira-se excerto do acórdão recorrido:

O inconformismo sustentou seria válida a capitalização mensal de juros, pois estaria autorizada pela Medida Provisória nº 2170-36/2001. Alternativamente, pediu sua incidência anual.

No Instrumento particular de confissão de dívida" nº 12830372409 e no "contrato para financiamento de capital de movimento ou abertura de crédito e financiamento" nº 12830364694, na abertura de crédito em conta-corrente nº 12830754168, na "abertura de limite de crédito em conta-corrente - giro fácil", "convênio para prestação de serviços de cobrança" e no "contrato 'global de relacionamento comercial e financeiro (fls. 339/346, 360/364, 339/340, 343/346, 160/162 e 172/192), não foi contemplada esta metodologia em qualquer periodicidade. Nas avenças não exibidas, inviável presumir sua pactuação, em afronta ao princípio da transparéncia, pois

São direitos básicos do consumidor: [...] a informação

adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem com sobre os riscos que apresentem (art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor).

Portanto, o pleito não prospera, incidindo os juros remuneratórios de forma linear nos contratos referidos.

Quanto aos contratos exibidos, a inversão da premissa firmada no acórdão atacado acerca da ausência de pactuação do encargo capitalização de juros em qualquer periodicidade demandaria a reanálise de matéria fática e dos termos dos contratos, providências vedadas nesta esfera recursal extraordinária, em virtude dos óbices contidos nos Enunciados 5 e 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Relativamente aos pactos não exibidos, verifica-se ter o Tribunal *a quo* determinado a sua apresentação, tendo o banco-réu, ora insurgente, deixado de colacionar aos autos os contratos, motivo pelo qual lhe foi aplicada a penalidade constante do artigo 359 do CPC/73 (atual 400 do NCPC), sendo considerados como verdadeiros os fatos que a autora pretendia provar com a referida documentação, qual seja, a não pactuação dos encargos cobrados.

Por esta razão, considerando a ausência do contrato apto a viabilizar a conferência da expressa pactuação da capitalização de juros em qualquer periodicidade

dade e de ser inviável a presunção de que a cobrança de juros sobre juros na modalidade anual fora previamente ajustada, verifica-se que o acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento do STJ, o que atrai a incidência da Súmula 83/STJ, aplicável igualmente aos recursos fulcrados tanto na alínea "a", quanto na alínea "c", do dispositivo constitucional.

2.2. Quanto à repetição de indébito, é cabível quando verificado o pagamento indevido, independentemente da comprovação de erro, conforme a jurisprudência pacificada desta Corte Superior, sedimentada, inclusive, no enunciado sumular nº 322/STJ.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 322/STJ. PROVA DO ERRO. PRESCINDIBILIDADE. REPETIÇÃO EM DOBRO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. REPETIÇÃO DE FORMA SIMPLES. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível tanto a compensação de créditos quanto a devolução da quantia paga indevidamente, independentemente de comprovação de erro no pagamento, em obediência ao princípio que veda o enriquecimento ilícito. Inteligência da Súmula 322/STJ.

Todavia, para se determinar a repetição do indébito em dobro deve estar comprovada a má-fé, o abuso ou leviandade, como

determinam os arts. 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o que não ficou comprovado na presente hipótese.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1498617/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2016, DJe 29/08/2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. INAPLICÁVEL LIMITAÇÃO EM 12% AO ANO. JUROS DE MORA. PERCENTUAL CONTRATADO EM 1% AO MÊS. POSSIBILIDADE. REPETIÇÃO/COMPENSAÇÃO DO INDÉBITO. AGRAVO DESPROVIDO. (...)

3. No que concerne à compensação de valores e à repetição do indébito, esta Eg. Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de seu cabimento “sempre que verificado o pagamento indevido, em repúdio ao enriquecimento ilícito de quem o receber, independentemente da comprovação do erro” (REsp 615.012/RS, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 8.6.2010).

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 591.826/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/03/2016, DJe 17/03/2016)

PROCESSO CIVIL. CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO. MANUTENÇÃO DA POSSE.

(...) - Aquele que recebeu o que não devia deve restitui-lo, sob pena de enriquecimento indevido, pouco relevando a prova do erro no pagamento.

(...) - Agravo não provido (AgRg no REsp 1.270.283/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe de 20/8/2012).

Todavia, para se determinar a repetição do indébito em dobro deve estar comprovada a má-fé, o abuso ou leviandade, como determinam os artigos 940 do Código Civil e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, o que não ocorreu na espécie, porquanto, segundo o Tribunal *a quo*, o tema da repetição em dobro sequer foi devolvida para apreciação.

Dessa forma, deve ser mantida a repetição do indébito de forma simples.

2.3. No que diz respeito à multa do art. 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil/73, constata-se que, *in casu*, o recorrente procurou, com os embargos de declaração, satisfazer os pressupostos de admissibilidade dos recursos para os Tribunais Superiores, mais especificamente o prequestionamento. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior, mesmo que se considere despicienda a menção explícita no acórdão dos dispositivos tidos como violados, ainda assim não há por que os considerar protelatórios.

Assim, ausente o caráter protelatório, aplicável ao caso a previsão constante da Súmula 98 desta Corte: “*Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório*”.

2.4. Do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração.

É como voto.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Trata-se de recurso especial interposto pelo HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo contra acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, proferido nos autos de ação revisional de contratos de conta corrente, crédito e capital de giro c/c pedido de tutela antecipada de exibição de documentos, tendo por objeto a discussão dos encargos cobrados a título de juros remuneratórios, capitalização e comissão de permanência, e a consequente repetição do indébito dos valores exigidos indevidamente.

Em virtude de a questão alusiva à possibilidade da cobrança de capitalização anual de juros independentemente de expressa pactuação entre as partes revelar caráter representativo de controvérsia, o recurso especial foi afeitado para julgamento perante a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 1.036 do CPC/2015.

Por se tratar de matéria que foi exaustivamente debatida - também pela Segunda Seção - no julgamento do AgRg no AREsp nº 429.029/PR, peço licença para reproduzir os fundamentos que aduzi, naquela oportunidade, em voto vista, acompanhando a orientação encaminhada pelo Ministro Marcos Buzzi, que é relator em ambos os feitos:

(...).

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido que a Lei nº 4.595/1964 derrogou a Lei de Usura no tocante ao limite da taxa de juros para instituições financeiras (Súmula 596/STF), a Lei de Reforma Bancária não derrogou o Decreto nº 22.626/33 quanto à proibição da capitalização de juros (Súmula 121/STF), cuja incidência passou a ser admitida somente quando autorizada por lei especial, como ocorre, por exemplo, com as leis que disciplinam as cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Súmula 93/STJ) ou bancário (Lei nº 10.931/2004), e desde que expressamente pactuada. O mesmo se entendeu em relação à capitalização com periodicidade inferior a um ano, para os contratos celebrados a partir de 30/3/2000, em consonância com a MP nº 1.963-17 do mesmo ano, reeditada sob o nº 2.170-36/2001.

De um modo geral, podemos inferir que a despeito da existência de previsão legal, a orientação jurisprudencial se consolidou no sentido de que, em regra, a cobrança da capi-

talização ficaria condicionada à existência de previsão contratual, exceção feita aos contratos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação, conforme decidido pelo Segunda Seção no julgamento do REsp nº 1.095.852/PR, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 19/3/2012.

No caso em análise, os votos divergentes consignaram, em abreviada síntese, que diante do próprio custo de capitalização do dinheiro e pela lógica do sistema financeiro, as instituições bancárias estariam autorizadas a cobrar juros capitalizados, na forma anual, independentemente de pactuação prévia, em razão do que dispõem os arts. 4º do Decreto-Lei nº 22.626/33 (Lei de Usura) e 591 do Código Civil de 2002, assim redigidos:

Art. 4º. É proibido contar juros dos juros: esta proibição não compreende a acumulação de juros vencidos aos saldos líquidos em conta corrente de ano a ano.

Art. 591. Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual.

Todavia, na interpretação do alcance dessas normas, penso que não há como se extrair a presumida autorização.

Primeiramente, ao que se depreende do art. 591 do Código Civil, quando o mútuo se destina a fins econômicos, os

juros devem ser cobrados, como expressão de rendimento ou remuneração pelo empréstimo do dinheiro, ou seja, como compensação pelo período em que o credor ficou privado do capital que foi emprestado.

O comando da regra em enfoque, todavia, não tem aplicação direta, uma vez que remete o intérprete ao art. 406 para a obtenção da taxa de juros a ser aplicada, deixando claro que, embora presumidamente devidos, os juros não podem exceder, sob pena de redução, a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

Por sua vez, a parte final do artigo em comento permite a incidência da capitalização anual o que, *primo octuli*, poderia nos levar à ideia de que as instituições financeiras estariam liberadas da pactuação expressa como condição para implementar a aludida cobrança.

Ocorre que a Segunda Seção desta Corte Superior, no julgamento do Recurso Especial nº 1.061.530/RS, representativo de controvérsia repetitiva, nos termos do art. 543-C do CPC, da relatoria da Ministra **Nancy Andrichi**, assentou a inaplicabilidade das disposições do art. 591 c/c o art. 406 do diploma civil aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário.

Esta a ementa do referido julgado:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL
E BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE

CLÁUSULAS DE CONTRATO BANCÁRIO. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. JUROS REMUNERATÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DA MORA. JUROS MORATÓRIOS. INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. DELIMITAÇÃO DO JULGAMENTO.

Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADI nº 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado.

Para os efeitos do § 7º do art. 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício.

PRELIMINAR

O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADI 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do art. 5º da MP nº 1.963-17/00, reeditada sob o nº 2.170-36/01.

I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE.

ORIENTAÇÃO 1 - JUROS REMUNERATÓRIOS

a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF;

b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade;

c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do art. 591 c/c o art. 406 do CC/02;

d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada? art. 51, §1º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto.

ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA

a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros

remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora;

b) Não descarateriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.

ORIENTAÇÃO 3 - JUROS MORATÓRIOS

Nos contratos bancários, não-regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.

ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLEMENTES

a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz;

b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção.

ORIENTAÇÃO 5 - DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO

É vedado aos juízes de primeiro e segundo graus de jurisdição julgar, com fundamento no art. 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão.

II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO (REsp 1.061.530/RS)

A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não-conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF. O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido.

Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaraterizada a mora do devedor.

Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor perma-

necer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida.

Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido.

Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea "a" do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício. Ônus sucumbenciais redistribuídos. (grifei)

A meu ver, essa orientação consolidada pela Segunda Seção, ainda que de forma implícita, extraiu com propriedade a *ratio essendi* do art. 591 do Código Civil, cuja redação tem por objetivo evitar a prática de agiotagem nos contratos de mútuo firmados entre particulares, razão pela qual, como forma de compensar a limitação imposta à cobrança de juros – que não poderão exceder a taxa prevista para a mora de dívidas com o era-

rio –, o legislador permitiu que sobre o saldo devedor nesse tipo de operação incidisse a capitalização anual.

Contudo, por imperativo de lógica interpretativa, em não sendo aplicável a vedação do *caput* às instituições financeiras no que se refere à limitação da taxa de juros, também não lhes pode ser estendida a ressalva da parte final do artigo, atinente à permissão de incidência da capitalização anual. É que, uma vez afastado o texto referente ao principal, que é a cobrança de juros, não pode ele permanecer em relação à capitalização anual, que lhe é parte acessória ou subordinada, haja vista a conexidade existente entre ambas.

Desse modo, afastada a subsunção do caso ao comando do art. 591 do Código Civil, restaria o art. 4º do Decreto-Lei nº 22.626/33 (Lei de Usura) para sustentar a tese recursal. Todavia, entendo que esse dispositivo também não tem o alcance suficiente para autorizar a incidência da capitalização anual independentemente de pactuação, na medida em que os contratos celebrados por instituições bancárias estão sujeitos não apenas às normas inerentes ao Sistema Financeiro Nacional e à fiscalização pelo BACEN, mas também aos princípios constitucionais de proteção da ordem econômica e financeira, com a expressa proteção e defesa do consumidor, atraindo, à hipótese, a incidência da Súmula 297/STJ, a qual dispõe que as regras consumeristas são aplicáveis às instituições financeiras.

Nesse passo, a par dos argumentos aduzidos pelo relator, Ministro **Marco Buzzi** e pelo Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**, há ainda que se considerar a regra preconizada pelo **art. 46** do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que “os contratos que regulam as relações de consumo **não obrigarão os consumidores se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo**, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.” (grifei) Complementarmente, também merece destaque o **art. 52** do referido diploma legal, o qual dispõe que “no fornecimento de produtos ou serviços que envolve **outorga de crédito ou concessão de financiamento** ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre (II) o montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; (III) **acréscimos legalmente previstos** e (V) **soma total a pagar**, com e sem financiamento. (grifei) Na esfera doutrinária, esclarece **Rizzatto Nunes** que “em todo e qualquer tipo de contrato de compra de produto ou serviço em que o preço estiver sendo pago pelo consumidor mediante **financiamento ou qualquer tipo de outorga de crédito** e mesmo nos pedidos de empréstimo (mútuo, desconto de nota promissória, ‘cheque especial’, **linha de crédito etc.**), ou, ainda, nos financiamentos das

despesas feitas com o cartão de crédito etc., o fornecedor direto e/ou o financiador devem fornecer as informações previstas no art. 52.” (**Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, 2007, Saraiva, 3ª ed., p. 605**) (grifei)

A redação dos dispositivos acima mencionados tem origem no princípio da transparência e decorre também do elemento formador do contrato que, na espécie, é típico de adesão. Dessa maneira, se não há sentido lógico ou jurídico em obrigar o consumidor a cumprir cláusula contratual criada unilateralmente pela vontade e decisão do fornecedor, sem antes permitir que ele tome conhecimento de seu inteiro teor, com maior razão entendendo que, por gerar ônus financeiro à parte, a cobrança de juros capitalizados anualmente não pode ser estabelecida a partir de mera presunção legal.

Ora, a tese de presunção de autorização legislativa, no caso, não se mostra consentânea com a regra principiológica de que o consumidor, ao contratar, deve ter o alcance das repercussões econômicas avençadas com a instituição financeira, sob pena de se contrariar, inclusive, o princípio da boa-fé objetiva.

Se são as instituições financeiras que detêm a iniciativa de redigir os termos do contrato, cabendo ao cliente meramente aderir às cláusulas previamente estipuladas, não há como se flexibilizar a exigência mínima da pactuação, a fim de favorecer aquele que sabida-

mente é a parte mais forte da relação, até porque os bancos, sendo especializados neste tipo de operação, compreendem a exata dimensão da repercussão da capitalização na apuração do débito.

Apenas a título ilustrativo, sobre o tema, destaco no âmbito desta Corte os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. COBRANÇA. POSSIBILIDADE. PACTUAÇÃO EXPRESSA. NECESSIDADE. TAXAS E TARIFAS BANCÁRIAS. INVIAZIBILIDADE NA ESPÉCIE ANTE A AUSÊNCIA DE CÓPIA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL FIRMADO ENTRE AS PARTES. SÚMULAS 05 E 07/STJ. INCIDÊNCIA.

1. Segundo a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior, **a cobrança de juros capitalizados em periodicidade anual nos contratos de mútuo firmado com instituições financeiras é permitida quando houver expressa pactuação neste sentido.**

2. A ausência do contrato nos autos impossibilitou as instâncias ordinárias de analisar eventual abusividade na cobrança das tarifas bancárias em relação à média de mercado. Por esta razão, fica afastada a cobrança por quanto rever a conclusão do Tribunal de origem ensejaria a reapreciação do conteúdo fático-probatório dos autos, vedada pela Súmula 7 do STJ.

3. Decisão recorrida que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos, tendo em vista a ausência de argumentos novos aptos a modificá-la.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp nº 1.468.817/PR, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 16/9/2014);

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. CAPITALIZAÇÃO ANUAL DE JUROS. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA.

1. De acordo com o entendimento das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte, **a pactuação da capitalização dos juros é exigida inclusive para a periodicidade anual.**

2. O agravo não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp nº 1.417.659/SC, Relator o Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe de 13/3/2014);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. DECISÃO AGRAVADA DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STJ (SÚMULA E ART. 543-C DO CPC).

1. Sem a juntada do contrato ou o reconhecimento

pelo Tribunal de origem, no acórdão recorrido, da pontuação expressa da capitalização dos juros, a sua cobrança não é possível.

2. Inviável, em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas 05 e 07/STJ, o conhecimento da alegação relativa à capitalização.

3. AGRAVO DESPROVIDO. (AgRg no REsp nº 1.249.902/SC, Relator o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 9/4/2013).

Em conclusão, ainda que exista previsão legal acerca da capitalização anual dos juros, o que não se nega, penso que a sua cobrança não pode prescindir de estipulação contratual clara e específica, visto que, por gerar ônus à parte, não é autoaplicável, sob pena de se permitir, na expressão utilizada por **Nelson Rosenwald**, “o exercício excessivo do direito subjetivo ao crédito pelas instituições financeiras.”

Ademais, nas causas que envolvem relação de consumo, diante da ausência de estipulação contratual, eventual presunção de contratação somente incidirá quando beneficiar o consumidor.

Feitas essas considerações, voto acompanhando o relator, no sentido de dar parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Senhor Presidente, igualmente a minha saudação aos eminentes advogados pelas sustentações orais e uma saudação muito especial ao eminente Relator pelo voto. Eu também estou acompanhando integralmente Sua Excelência, ratificando o meu voto-vista proferido no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 429.029/PR. Eis o teor:

Eminentes colegas. Pedi vista dos autos na sessão de 24/06/2015 para analisar com mais cuidado a controvérsia acerca da necessidade de pactuação expressa da capitalização anual de juros nos contratos bancários, em face da divergência estabelecida e da densidade dos argumentos apresentados tanto pelo relator do recurso, Min. MARCO BUZZI, como pela Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, que abriu divergência, e pelo Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, que a acompanhou.

Com efeito, o relator do recurso, Min. MARCO BUZZI, em minucioso voto, abordou todo o histórico da capitalização dos juros no ordenamento jurídico, concluindo pela impossibilidade de se presumir a capitalização anual.

A Min.ª MARIA ISABEL GALLOTTI abriu divergência, proferindo voto no sentido de ser admitida a capitalização anual de juros, independentemente de pactuação.

Como fundamento do voto divergente, S. Exa. mencionando precedentes desta Corte, pondera sobre equilíbrio entre a captação e o empréstimo de recursos

no sistema financeiro nacional, de modo que não seria adequada a capitalização automática apenas na captação de recursos.

Na sequência, o Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA proferiu voto acompanhando a divergência.

Em seu voto, S. Exa. menciona doutrina de NEWTON FREITAS (A Taxa de Juros. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 52), para quem a capitalização decorreria da racionalidade e do equilíbrio do sistema financeiro, sendo mais sensível nos mútuos de médio e longo prazo, justamente os que mais contribuem para o desenvolvimento econômico do país.

Pois bem, com a devida vénia dos Ministros que votaram com a divergência, acompanho o relator.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a controvérsia dos presentes autos não se confunde com aquela antiga polêmica acerca da legitimidade da capitalização dos juros, que tem suas origem no período republicano da civilização romana, como tive oportunidade de analisar em sede doutrinária (**Contratos Nominados II**: contrato estimatório, doação, locação de coisas, empréstimo (comodato - mútuo), 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 318 s.).

Efetivamente, no modo de produção capitalista, em que a nossa sociedade está inserida, não há mais espaço para as correntes de pensamento de outrora, que tratavam a capitalização como uma vantagem ilegítima obtida pelo credor, algo moralmente reprovável.

Não se questiona, portanto, a legitimidade da capitalização.

O que se questiona é a possibilidade de incorporação automática dos juros ao capital, independentemente de manifestação de vontade das partes.

A solução dessa controvérsia, a meu ver, passa necessariamente pela distinção entre norma permissiva e norma supletiva, como bem destacou o relator, em seu voto.

Segundo a classificação doutrinária de MARIA HELENA DINIZ (Compêndio de Introdução ao Estudo do Direito . 23.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 410), as normas permissivas simplesmente consentem com uma ação ou abstenção, ao passo que as normas supletivas, além de consentirem com uma ação, suprem a manifestação de vontade das partes, no caso de abstenção.

No caso da capitalização anual, há inúmeras norma permissivas, que autorizam a capitalização, mas nenhuma norma supletiva, que substituiria a manifestação de vontade dos contratantes.

Efetivamente, como bem demonstrado pelo relator, em seu minucioso voto, todas normas existentes na legislação brasileira permitem/assentem/autorizam/não-proíbem/consentem/concordam com a capitalização anual, mas nenhuma impõe a capitalização anual no silêncio das partes.

Tratando-se, portanto, de normas permissivas, a capitalização sempre depende de manifestação expressa de vontade.

Sob outro ângulo, cabe relembrar que esta Corte Superior tem sido extremamente descendente com as instituições financeiras ao admitir a cobrança de juros remuneratórios à média de mercado (e não à taxa legal), na hipótese de ausência de instrumento contratual, pois a simples ausência de contrato escrito, em se tratando de instituição financeira, já configura uma violação à lei, uma vez que estão obrigadas manter arquivo de suas operações financeiras.

Não caberia, portanto, avançar ainda mais em favor das instituições financeiras, para admitir a capitalização à margem da lei e da autonomia da vontade, sob pena se inverter o sentido do disposto no art. 47 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece um vetor interpretativo em favor do consumidor, não do fornecedor.

No caso dos autos, como não houve prova de que a capitalização teria sido pactuada, pois sequer houve juntada dos contratos, os juros devem se computados na forma simples, sem capitalização.

Destarte, acompanho o relator para negar provimento ao agravo regimental.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental.

É o voto.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhor Presidente,

adiro ao voto do Relator, com a ressalva de minha posição em sentido contrário já manifestada em voto que ficou vencido, lembrado por Sua Excelência.

Quero apenas esclarecer, tendo em vista as cuidadosas sustentações orais do Doutor Gustavo Tepedino e do Doutor Flávio Santos, que o meu voto de adesão ao voto do eminentíssimo Relator se restringe à questão posta no recurso especial; ou seja, pretende-se, no recurso especial, que seja possível a capitalização de juros em intervalo anual, mesmo que não expressamente pactuada. E esta Seção, por maioria, já entendeu que mesmo a capitalização anual tem de ser pactuada.

Entendo que capitalização de juros, vedada pela Lei de Usura, tal como esclareceu o voto do eminentíssimo Relator, acontece no curso da evolução de um contrato quando o capital não é pago no tempo oportuno e incidem juros, novos juros, sobre o valor devido no qual já estavam incluídos juros vencidos. Ou seja, capitalização ilegal, vedada pela Lei de Usura, é incidência de juros sobre juros vencidos que não foram pagos, sobre todo o capital no qual estão incluídos os juros vencidos não pagos. E foi isso o que aconteceu no presente caso em que o devedor, o autor da ação revisional, era devedor de vários contratos. Houve uma renegociação e ele questiona os encargos incidentes sobre a dívida vencida e renegociada. Atenta à jurisprudência desta Seção, penso que, como não foi junta-

do contrato em que houvesse uma cláusula dizendo “é possível capitalizar juros anualmente”, nesse caso, não se pode capitalizar juros sequer anualmente.

Não estou aqui emitindo voto sobre a questão posta nas sustentações orais, mas que não está discutida no recurso especial, de que, em face da ausência do contrato, deve-se aplicar a taxa média de mercado dos juros, e esta taxa média de mercado deva ser a taxa média efetiva informada pelo Banco Central.

Com efeito, todas as taxas de juros podem ser expressas na forma nominal ou na forma efetiva. A taxa efetiva será igual à taxa nominal sempre que coincidente o período em que expressa a taxa com o período da incidência de juros. Somente a taxa efetiva traduz os juros reais do contrato e permite a comparação e equalização das taxas de juros no mercado. Mas tal distinção não é debatida no acórdão recorrido e nem no recurso especial. Reservo-me para apreciar tal questão, portanto, em outra oportunidade.

Aqui mesmo, por exemplo, na inicial, o autor pediu que os juros não fossem fixados em percentual superior a 12% (doze por cento) ao ano. Ora, isso é a taxa efetiva postulada. Ele quer reduzir a taxa efetiva, não sei qual era a cobrada, para a taxa efetiva de 12% (doze por cento) ao ano. Essa taxa efetiva de 12% ao ano pode ser decomposta em uma taxa mensal nominal, sem alteração da onerosidade do encargo. Mas penso que essa ques-

tão não está posta no recurso especial. O que está sendo proibido no presente julgamento, nos termos do pedido no recurso especial – ou seja, rejeitada a pretensão da parte recorrente –, é incidência de novos juros sobre os juros vencidos e não pagos e incorporados ao capital. Não se está decidindo aqui que a taxa média do Banco Central não seja a taxa efetiva. Essa questão não foi posta e, a meu ver, em tudo é diversa do fenômeno vedado pela Lei de Usura sob o título de capitalização de juros.

É nesse sentido que adiro ao voto do Ministro Relator, que se limita ao que está posto no recurso especial. Penso que outras oportunidades haverá em que o Tribunal poderá se dedicar a essa questão da diferença entre a taxa efetiva e a taxa nominal, da formação da taxa de juros, que é uma questão prévia ao cumprimento do contrato, que independe de haver adimplemento ou não, de haver incorporação de juros vencidos e não pagos ao capital ou não, porque ela é pactuada antes da própria execução do contrato.

Nesse sentido, acompanho, com ressalva do meu entendimento, o voto do Ministro Relator.

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:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro, MARCO BUZZI (Relator).

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:

Adiado o julgamento por indicação do Sr. Ministro MARCO BUZZI (Relator), em razão da ausência justificada da Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti, prejudicados os pedidos de retirada de pauta de julgamento.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentaram oralmente o Dr. Gustavo José Mendes Tepedino, pelo recorrente HSBC Bank Brasil S.A. - Banco Múltiplo, e o Dr. Flávio Maia Fernandes dos Santos, pela interessada Federação Brasileira de Bancos.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso especial, apenas para afastar a multa imposta no julgamento dos embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Para os fins do artigo 1.036, do Código de Processo Civil, firmou-se a seguinte tese repetitiva: “A cobrança de juros capitalizados nos contratos de mútuo é permitida quando houver expressa pactuação”.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi, Luis Felipe Salomão e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Vencidos, apenas quanto à redação da tese, os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti, Marco Aurélio Bellizze, Antonio Carlos Ferreira e Villas Bôas Cueva.

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 arábigos 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 transscrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). *In*: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, nº 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de <> (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do site) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, nº 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 510 e 511
Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

**O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.